

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL CONCURSO PREVENTIVO COMO PROCEDIMIENTO
EFICIENTE Y EFICAZ PARA OPTIMIZAR EL SISTEMA
CONCURSAL PERUANO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTORA

FLAVIA YENNY GAMARRA PAREJA

ASESOR

Abog. CARLOS AUGUSTO TEJADA LOMBARDI

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A Dios, por darme vida, salud, fuerza e inspirar mi espíritu para seguir adelante cada una de mis metas y poder concluir con esmero esta tesis.

A mi familia por su apoyo constante en el proceso de elaboración de esta tesis. Es gracias a ellos, que me he formado en la persona que soy con valores, principios, empeño, perseverancia y coraje para nunca rendirme en mis objetivos propuestos.

A mis abuelos y a mi tía Rosana, quienes siempre han sido mi fuerza, sé que ellos me ven y cuidan siempre, en cada paso que doy dándome un aliento interno para poder lograr cada objetivo propuesto.

AGRADECIMIENTO

A Dios por librar de mi mente todas las adversidades que se han podido presentar, agradezco por darme una familia hermosa que me ha enseñado muchas sabias lecciones para la vida.

A mi familia un especial cariño, por su comprensión y amor, por estar en los momentos más difíciles, pues el proceso no ha sido sencillo. Por brindarme los recursos necesarios para lograr esta tesis.

A mi asesor, por ser parte de este proceso, por su ayuda constante, su criterio y dedicación.

A mis amigos, por su aliento constante, y en especial a dos grandes amigos por su apoyo en la etapa final de este proceso, logrando que se más llevadero el proceso con su guía y ayuda.

RESUMEN

El problema central que busca resolver la presente tesis se basa en la forma de afrontar la crisis por parte de las empresas, siendo que el Sistema Concursal tiene como finalidad velar por los acreedores y el deudor en una situación de insolvencia, debido a que este último por el mal manejo de sus deudas no puede cumplir con sus obligaciones, además, éste sistema busca el reflotamiento de las empresas o en caso de no ser posible esto, la salida ordenada de las que no lo fueran. Sin embargo, dicho fin no se ve reflejado en la realidad, pues no muchas empresas se acogen a dicho sistema.

La presente investigación tiene como principal aporte el de brindar mecanismos para resaltar los beneficios del Sistema Concursal Peruano, a través del Procedimiento Concursal Preventivo. Por tanto, es necesario realizar una comparación de los procedimientos concursales que se han incorporado a lo largo de la historia del Derecho Concursal Peruano, desde la Ley de Quiebras hasta la actual Ley General del Sistema Concursal.

El cambio de concepto del Derecho Concursal trajo consigo un Sistema Concursal más proteccionista, y como resultado de ello, a lo largo de las modificaciones que se realizaron a las leyes concursales, se crearon e incorporaron diversos procedimientos, cada uno con finalidades distintas, pero todos con el objetivo de hacer más atractivo el Sistema Concursal.

Otra finalidad del presente proyecto es dar a conocer en base a estadísticas el acogimiento de los procedimientos que brinda el Sistema Concursal Peruano, además de analizar casos de Procedimientos Concuriales Preventivos, demostrando así los resultados del acogimiento por parte de las empresas a este procedimiento particular.

Palabras Claves: Sistema Concursal, Procedimientos Concuriales, Procedimiento Preventivo.

ABSTRACT

The central problem that seeks to solve the present thesis is based on the way of facing the crisis by the companies, being that the bankruptcy system has as characteristic for the creditors and the debtor in a situation of insolvency, because the latter by the bad management of their debts can not fulfill their obligations, in addition, this system seeks the refloating of the companies or in the event that it is not possible. However, there are not many companies that accept this system

The main contribution of this research is to provide mechanisms to highlight the benefits of the Peruvian Bankruptcy System, through the Preventive Bankruptcy Procedure. Therefore, it is necessary to make a comparison of the bankruptcy proceedings that have been incorporated throughout the history of Peruvian Bankruptcy Law, from the Bankruptcy Law to the current General Law of the Bankruptcy System.

The change of concept of the Bankruptcy Law brought with it a more protectionist Bankruptcy System, and as a result, throughout the modifications that were made to the bankruptcy laws, various procedures were created and incorporated, each one with different purposes, but all with the aim of making the Insolvency System more attractive.

Another purpose of the present project is to inform on the basis of statistics the reception of the procedures provided by the Peruvian Bankruptcy System, in addition to analyzing cases of preventive bankruptcy proceedings, thus demonstrating the results of the reception by companies to this particular procedure.

Keywords: Bankruptcy System, Bankruptcy Procedures, Preventive Bankruptcy Procedure.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
ÍNDICE	VI
ÍNDICE DE TABLAS	IX
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO 1	15
EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO	15
1.1. Antecedentes de la regulación en el Sistema Concursal Peruano	15
1.2. Concepto del Sistema Concursal	32
1.3. Finalidad del Sistema Concursal	36
1.4. Características del Procedimiento Concursal.....	39
1.4.1. Es un procedimiento excepcional	39
1.4.2. Es un procedimiento privatista.....	42
1.4.3. Es un proceso desjudicializado	42
1.5. Sujetos comprendidos en los procedimientos concursales	44
1.5.1. Definición de deudor según la normativa concursal	45
1.5.2. Definición de acreedor según la normativa concursal	47
1.6. Los principios generales del Sistema Concursal	48
1.6.1. El principio de Universalidad	48
1.6.2. El principio de Colectividad.....	49
1.7. Los procesos concursales en el Sistema Concursal Peruano	51
1.7.1. Procedimiento concursal ordinario	51
A. Iniciado a pedido del deudor	52
B. Iniciado a pedido del acreedor	52
1.7.2. Procedimiento concursal preventivo	53
CAPÍTULO 2	55
CRISIS EMPRESARIAL Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO	55

2.1.	Crisis Empresarial	55
2.1.1.	Concepto de Crisis Empresarial	56
2.1.2.	Causas Originarias de la Crisis Empresarial	57
2.1.3.	Fases de la Crisis Empresarial	60
2.1.4.	Estadísticas de cuantas empresas acuden al Procedimiento Concursal	62
2.2.	Procedimiento Concursal Preventivo	65
2.2.1.	Antecedente del Procedimiento Concursal Preventivo	65
2.2.2.	Concepto del Concurso Preventivo	75
2.2.3.	Finalidad del Procedimiento Concursal Preventivo	81
2.2.4.	Derecho Comparado	82
A.	Derecho Concursal Alemán	84
B.	Derecho Concursal Español	86
C.	Derecho Concursal Italiano	89
D.	Derecho Concursal Argentino	91
E.	Derecho Concursal Chileno	93
CAPÍTULO 3		96
MECANISMOS PARA OPTIMIZAR EL CONCURSO PREVENTIVO		96
3.1.	Estadísticas de los procedimientos concursales acogidos entre los años 2016 y 2018	100
3.2.	Análisis de casos de procedimientos concursales preventivos	105
3.2.1.	Caso Mavila Hnos. SA	105
A.	Reseña	105
B.	Resumen del Proceso	106
C.	Análisis del caso	107
3.2.2.	Caso Bakelita y Anexos S.A.- BASA	108
A.	Reseña	108
B.	Resumen del Proceso	108
C.	Análisis del caso	109
3.3.	Clases de concursos y sus aportes	110
3.3.1.	El Procedimiento Simplificado y sus aportes	110
3.3.2.	El Concurso de los Clubes Deportivos de Fútbol	116
3.3.3.	El Procedimiento Transitorio y sus aportes	124

3.4.	Incorporación de mecanismos para optimizar el Procedimiento	
Concursal Preventivo		127
CONCLUSIONES.....		131
BIBLIOGRAFÍA		133
ANEXOS		140

ÍNDICE DE TABLAS

GRÁFICA 1: Aspectos técnicos y económicos que originan la crisis, con intervención humana y social.	59
GRÁFICA 2: Demografía empresarial en el Perú entre los años 2016-2018.	63
GRÁFICA 3: Empresas acogidas al Sistema Concursal entre los años 2016 - 2018.	64
GRÁFICA 4: Procedimientos Concursales instaurados (2016-2018).....	101
GRÁFICA 5: Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2016.....	102
GRÁFICA 6: Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2017.....	103
GRÁFICA 7: Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2018.....	103

INTRODUCCIÓN

Hoy, después de más de 20 años, el Sistema Concursal, creado incipientemente con la Ley de Reestructuración Empresarial, cambia sus objetivos y busca proteger a los agentes económicos. Como bien lo señala HUASCAR:

“la relación entre el deudor y su acreedor nace de un contrato. Y lo usual es que sea dicho contrato el que establezca, con toda precisión, las reglas que rigen la relación entre ambas partes, tanto mientras el contrato se cumple, como cuando el contrato es incumplido por alguna de ellas (...) El contrato, entonces, usualmente regula cual es la consecuencia del incumplimiento del deudor y cuáles son los derechos que el acreedor puede exigir cuando ello ocurre. El contrato establece las reglas para proteger al acreedor frente al riesgo de incumplimiento”¹.

En estos casos es donde el Estado, no debería interferir, debido a que mediante las libertades otorgadas a los agentes, estos regulan sus relaciones comerciales por la autonomía privada que los enviste, como bien ha sido señalado en el artículo 2º numeral 14 la Constitución Política del Perú que establece: que toda persona tiene derecho “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de

¹ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Derecho concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal - Análisis económico del Derecho- “La Nueva Ley General del Sistema Concursal ¿Hacia Dónde Vamos? ¿Avance o Retroceso?”*. PALESTRA editores. Lima, p. 158.

orden público"; además en el artículo 1354° *"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo"* y en el artículo 1356°, ambos del Código Civil *"Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas"*, por lo tanto, según la normativa señalada, se advierte que solo en los casos en que las partes no establezcan las reglas en sus contrataciones, podrán usar de manera supletoria la ley de la materia.

Por tal razón, EZCURRA explica la necesidad de la intervención del Estado mediante el Sistema Concursal:

*"cuando hablamos de concurso de acreedores hablamos justamente de contratos incumplidos. Se trata de un colectivo de acreedores que nacen de un colectivo de contratos incumplidos. Y lo que une a este colectivo de acreedores y contratos incumplidos es que el deudor es el mismo. El derecho contractual sería suficiente para resolver el problema del concurso (incumplimiento colectivo de contratos e insolvencia del deudor)... No obstante, la situación cambia drásticamente cuando surge un problema de insolvencia"*².

Es en este momento en donde el Estado realiza su rol protector, mediante el Sistema Concursal, debido a que la sola autonomía privada de cada una de las partes no basta para dar una solución acorde para todos los afectados, debido a la situación suscitada. Es así que, el Sistema Concursal tiene como finalidad velar por los acreedores y el deudor en una situación de insolvencia, debido a que éste último por el mal manejo de sus deudas, no puede cumplir con sus obligaciones.

*"[Teniendo como objetivo el sistema concursal] la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor"*³.

² Ibíd. p. 158.

³ Artículo I del título preliminar de la Ley General del Sistema Concursal.- Objetivo de la ley.

El Sistema Concursal es una manifestación del rol protector del Estado, el cual busca que no se vea vulnerado los derechos de ninguno de los intervinientes, tanto para los acreedores, que tienen sus créditos impagos, como para el deudor, que debido a la concurrencia de acreedores y el interés individual que cada uno de ellos tiene, no puede proteger el patrimonio como una totalidad. Por dichas razones, el Sistema Concursal es el sistema más idóneo para proteger el crédito impago de los acreedores y al patrimonio del deudor, así lo menciona PAOLO DEL AGUILA *“La finalidad de un sistema concursal es proteger el crédito de la manera más eficiente posible ante los casos de crisis patrimoniales”*⁴.

La Ley General de Sistema Concursal en el artículo II del Título Preliminar, señala que este sistema tiene como finalidad:

*“propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción”*⁵.

Sí se tiene en cuenta que el Sistema Concursal, como lo mencionamos es un sistema que tiene como finalidad velar por los intereses de los acreedores y del deudor concursado, buscando el reflotamiento de la empresa y de no ser posible esto, ayuda a la empresa a salir del mercado de manera ordenada, debido a que ésta no cuenta con los recursos para mantenerse en el mercado, pero a su vez el sistema protege el crédito y el patrimonio del deudor. Siendo así el sistema más óptimo para intervenir en éstas situaciones. Si tomamos como premisa esta situación ***¿Por qué en la actualidad el Sistema Concursal no tiene la acogida que debería?***

Muchas autores, consideran que el Sistema Concursal en la actualidad es deficiente debido a muchas razones, RORIGUEZ PRIETO, considera que su incapacidad para lograr la conservación de la empresa, es uno de los motivos por

⁴ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. *“Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”*. Revista Foro Jurídico, Edición N° 2, Junio 2003, p.66.

⁵ Artículo I del título preliminar de la Ley General del Sistema Concursal.

los cuales no es atractivo el Sistema Concursal, ya que el 90% de los procesos terminan en liquidación y un 10% en reestructuración, por lo que los deudores, prefieren negociar por otras vías⁶.

Por su parte EZCURRA, considera que el problema del Sistema Concursal pese a ser una de las mejores leyes concursales, es un sistema fallido, debido a que el Sistema Concursal tiene la finalidad de reducir los costos de contratar, es decir los costos de coordinar entre el deudor y el acreedor, pero en la actualidad los costos de utilizar la maquinaria concursal genera excesivos costos, perdiéndose la esencia de dicho sistema⁷.

Finalmente PAOLO DEL ÁGUILA, como uno de los muchos autores que cree que el Sistema Concursal no es eficiente hoy en día, indica que el problema de dicho sistema, no es tanto la demora de los tramites, los altos costos o demás razones señaladas, para él, el principal problema es:

“que en el concurso existe un recurso muy escaso (como el patrimonio concursado) que debe hacer frente a un creciente número de acreedores, estando en imposibilidad de poder satisfacer a todos como corresponde”⁸.

Consideramos que la opinión de Paolo del Águila sobre la deficiencia del Sistema Concursal es la más adecuada, y que dicha falencia se debe en gran medida a que los deudores, por la estigmatización social o simplemente porque dejan pasar las señales sobre la situación de la empresa, se acogen muy tarde al proceso concursal (indistintamente del procedimiento), cuando la situación de la empresa está demasiado deteriorada como para poder reestructurarla, y los acreedores como medida de protección de sus intereses, optan por la liquidación. Por tal

⁶ RODRIGUEZ PRIETO, Fernando, *Inconvenientes de nuestro sistema concursal, un error proyectado y una solución para insolvencias empresariales*. Publicado en Concursal, Crisis económica, Mercantil, Resolución Alternativa de conflicto, 23 de Mayo 2013. [Ubicado el 15.X.2017] Obtenido en <https://hayderecho.com/2013/05/23/inconvenientes-de-nuestro-sistema-concursal-un-error-proyectado-y-una-verdadera-solucion-para-las-insolvencias-empresariales/>

⁷ EZCURRA RIVERO, Huáscar. Op. Cit. p. 64.

⁸ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. *“Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”*. Op. Cit. p.68.

razón, el presente trabajo busca explicar los procedimientos existentes a lo largo de la Legislación Concursal Peruana, y de esa manera dando a conocer los aportes de cada uno de ellos, centrándose así en el procedimiento preventivo, que tiene como finalidad prevenir las situaciones de crisis que pueden atravesar las empresas.

Este trabajo está dividido en tres capítulos correlativamente desarrollados, en el primer capítulo desarrollaremos lo concerniente al Sistema Concursal, comenzando desde los antecedentes de este Sistema, y las modificaciones que se han ido implementando hasta la llegada de la Ley General del Sistema Concursal. Asimismo desarrollaremos las características del Sistema Concursal, su finalidad, los sujetos intervinientes y cuáles son los procedimientos que recoge la Legislación Concursal actual.

En el segundo capítulo, por un lado, se desarrolla el concepto de Crisis Empresarial, las causas que la originan, además de las fases que atraviesan las empresas en dicha situación, asimismo, un estudio de las empresas que se acogen al Sistema Concursal como resultado de la crisis instaurada, que impide el cumplimiento de sus obligaciones pendientes. Por otro lado, se desarrolla de manera detallada el Procedimiento Concursal Preventivo, desarrollando su concepto, la finalidad de dicho procedimiento, y el concepto y aplicación práctica del procedimiento análogo al Procedimiento Concursal Preventivo en diversas legislaciones, comparando y realizando semejanzas con cada una de las legislaciones.

En el tercer y último capítulo, analizaremos el estudio realizado en base al acogimiento de las empresas en el periodo de 2016 a 2018, asimismo, analizaremos dos casos relevantes de procedimientos concursales preventivos suscitados en nuestro país, con la finalidad de explicar cuál fue el resultado en ambas empresas, además de ello, explicaremos los aportes que incorporó cada procedimiento que se reguló desde el inicio de la Legislación Concursal Peruana, y por último, estableceremos los mecanismos para optimizar el Procedimiento Concursal Preventivo, y con ello, el Sistema Concursal Peruano.

CAPÍTULO 1

EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO

1.1. Antecedentes de la regulación en el Sistema Concursal Peruano

En la actualidad en nuestro país está vigente la Ley General del Sistema Concursal - Ley N° 27809. Sin embargo la historia del Derecho Concursal Peruano no comenzó con esta Ley, sus antecedentes se remontan al año 1932 con la promulgación de la Ley N° 7566, denominada Ley de Quiebras.

La Ley de Quiebras estableció en un solo procedimiento la liquidación de los bienes del deudor en quiebra, sea este comerciante o no, debiendo pagarse con el resultado de dicha liquidación, hasta donde alcanzase las deudas contraídas⁹, de ahí que esta norma tuvo su orientación en *“la realización del activo del deudor para el pago de sus obligaciones a través de un proceso único”*¹⁰, estableciéndolo así el Artículo 1° de la norma en mención *“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un sólo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por Ley”*¹¹.

[La Ley de Quiebras] *“se caracteriza porque el proceso está a cargo de una autoridad judicial, y tiene como objetivo principal realizar en un solo proceso todos los bienes del deudor (comerciante o no), a fin de procurar el pago de sus obligaciones, encontrando una*

⁹ FLINT, Pinkas. *Tratado del derecho concursal*, Volumen I, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p.3.

¹⁰ Cfr. DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. Op. Cit., p.64.

¹¹ De conformidad con la artículo 1° de Ley Quiebras.

primera modificación sustancial, y es que el Proceso de Quiebras se apertura a personas no comerciantes. Se privilegia al acreedor individual que por sí solo puede iniciar un proceso de quiebra”¹².

En suma, el deudor debía ingresar la demanda de quiebra señalando las causales de tal situación y los hechos constitutivos de ésta, como se establecía en el artículo 11° de dicha Ley, debiendo el juez pronunciarse dentro de los tres días de ingresada la demanda, oyendo al deudor si lo considerase necesario.

Cabe precisar que, una persona podría ser declarada en quiebra sea insolvente o no, para ser declarado en quiebra según lo regulado en esta normativa, solo se tomaba en cuenta la cesación de pagos, es decir, el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor¹³. Por ello, bastaba el incumplimiento por parte del deudor, para que éste sea declarado en quiebra, y se inicie la liquidación de sus bienes, asimismo este puede cumplir con las obligaciones a su cargo, sin contrastar previamente al inicio del procedimiento concursal, si habría alguna alternativa mucho más beneficiosa para el deudor.

Una de las características más relevantes de este proceso, es el rol preponderante que tuvo el juez, debido a que era éste quien tomaba las decisiones más importantes y trascendentes para la empresa en esta etapa, se hace mención de la activa participación del síndico para la toma de las decisiones, a pesar de que éstas sean reducidas¹⁴. Desde que se declaraba la quiebra, el deudor, o también llamado fallido quedaba privado del derecho de administrar sus bienes, pues estos eran administrados por el Síndico.

A los acreedores se les graduaba el crédito, y luego, se sometían a las consideraciones del Poder Judicial, en esta Ley no se regulaba sobre las decisiones de la Junta de Acreedores ni mucho menos una análisis sobre la viabilidad de la empresa, apenas la empresa atravesaba algún problema que

¹² LOZANO HERNANDEZ, Julio. “Evolución del derecho concursal en el Perú”, *Suplemento de Análisis Legal “Jurídica”*, N° 67, Octubre 2005, p. 5.

¹³ FLINT, Pinkas. Op.cit, p.4.

¹⁴ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. Op.cit., p. 64.

causara el cese del incumplimiento de sus obligaciones, o tenían alguna situación de iliquidez, ingresaba al procedimiento.

Es por ello que, algunas empresas que solo pasaban por situaciones de iliquidez temporal sin duda debieron ingresar al procedimiento, lo cual conducía inexorablemente a la salida del mercado, sin importar las posibilidades tangibles de recuperación, lo que difiere mucho con la actual finalidad del Sistema Concursal que es buscar la viabilidad de las empresas en el mercado.

Un punto importante del cual debemos comentar, es lo referente al párrafo precedente, en relación a que no se examinaba la situación en concreto de cada empresa, pues bastaba que la empresa se encontrase en cesación de pagos para que ingresara al procedimiento. A diferencia de la Ley actual -Ley General del Sistema Concursal, en la cual, los acreedores en junta deciden el destino de la empresa, y las decisiones son tomadas en cuanto sea más beneficioso para éstos. En la Ley de Quiebras, son los acreedores quienes afrontaban los riesgos que devenguen de la continuidad de la actividad del deudor, así como lo regulaba el artículo 89° de dicha normativa:

“Los resultados de la continuación del giro efectivo del fallido serán, en todo caso de cuenta y riesgo de los acreedores, y el fallido quedará exonerado de las deudas por el monto del activo inventariado. Si se obtuviesen beneficios, éstos corresponderán a los acreedores, solo hasta que sea pagado el monto de sus créditos”¹⁵.

A pesar de que inevitablemente esta norma conducía a la salida del mercado, apenas el deudor se encontraba en cesación de pagos, lo que en todos los casos no era la mejor alternativa, pues pudo tratarse solo de problemas temporales, tuvo una duración muy extensa, por un periodo de 70 años.

Posteriormente entró en vigencia el Decreto Ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, con el fin de generar un nuevo marco legal, pues esta Ley cambió

¹⁵ Conforme el Artículo 89° en Ley de Quiebras.

profundamente el concepto del Derecho Concursal en el Perú, debido a que introdujo una profundidad de cambios en materia concursal, pues la Ley antecesora tuvo un Sistema meramente liquidatorio. Las modificaciones realizadas tuvieron su orientación en los Sistemas Europeos, buscando principalmente la prevención de la crisis y el saneamiento de las empresas que atravesasen problemas tanto económicos como financieros.

Entre los aportes de esta Ley al Sistema Concursal, encontramos la privatización de los acuerdos empresariales, pues la deliberación sobre el destino del deudor estaba en manos de los acreedores, además de la desjudicialización de los procedimientos concursales, estableciendo mecanismos para sincerar la actividad económica, permitiendo que las empresas afronten la crisis producida como consecuencia de la hiperinflación de los años 1988 a 1990 otorgando herramientas suficientes para reestructurar sus pasivos¹⁶.

Puesto que, la empresa es el principal instrumento del desarrollo económico, su crisis incide en la economía de todo el país, teniendo como finalidad esta norma la reactivación y el saneamiento de las empresas que se encontraban en crisis debido a las dificultades que se vivía en el país en ese entonces¹⁷.

En este momento, la decisión sobre el destino de la empresa queda en manos del colectivo de acreedores, el incentivo de la reestructuración económica financiera para las empresas viables, en caso ésta no resultase viable, se decidía por la liquidación, siendo dicha alternativa una salida ordenada del mercado.

[En el sistema concursal] *“se opta por la acción colectiva de los acreedores frente a la acción individual, procurando otorgar, dentro de esta nueva concepción del derecho concursal los instrumentos legales y financieros tendientes más a una reestructuración, en tanto exista viabilidad económica del patrimonio insolvente, que a una*

¹⁶ MUÑOZ AGUILAR, Estuardo. *Reestructuración Patrimonial*, Lima, Editorial RODHAS, 1997, p. 1.

¹⁷ FLINT, Pinkas. Op.cit, p.14.

*extinción de este último, en clara contraposición con las orientaciones dadas por la Ley Procesal de Quiebras*¹⁸.

La presente Ley trajo consigo la posibilidad de reestructuración de las empresas, en otras palabras, la posibilidad de que los acreedores puedan decidir sobre la reestructuración de los pasivos del deudor a una tasa de interés razonable, lo cual permitiría a su vez el reflotamiento de la empresa y la conservación de la unidad productiva¹⁹.

Por otro lado, también ofrecía la posibilidad de liquidar la empresa, en los casos en que la reestructuración no resulte ser la mejor opción para la situación económica de la empresa por encontrarse muy deteriorada, liquidando de manera ordenada los pasivos y distribuyéndolo entre los acreedores, respetando el orden de preferencia establecido en la propia Ley²⁰. *“Aquí, el actor principal es la Junta de Acreedores, sobre la que recae la responsabilidad y el derecho de tomar las decisiones de reordenamiento o salida del mercado del negocio en crisis, todo ello bajo la supervisión de la autoridad concursal, integrante del INDECOP*²¹.

Como lo señalamos, la desjudicialización del procedimiento concursal fue uno de los principales aportes de esta Ley, implicando encomendarle a una instancia administrativa el manejo de los procedimientos. Las razones se fundaron en la necesidad de un tecnicismo acorde con una economía activa y ágil como la que el mundo globalizado exige en la actualidad²².

Finalmente se podría decir que la Ley de Reestructuración Empresarial fue concebida como una norma destinada a apoyar, mejor y facilitar la recuperación

¹⁸ Cfr. DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. “Más vale prevenir que lamentar. La importancia del concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana”, *Revista Ius et Veritas* - PUCP, N° 20, Lima, Junio 2000, p. 182.

¹⁹ FRIETAS, Freddy; ESPINOZA ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola. *La Ley General del Sistema Concursal, Análisis Exegético*, Lima, Editorial Rhodas, 2011, p.174.

²⁰ *Ibíd.*, p.174.

²¹ Cfr. DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. “Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”. *Op.cit.*, p 65.

²² LOZANO HERNANDEZ, Julio. *Op.cit.*, p.5.

económica y la transformación de las principales empresas del país que en el año 1992 sufrió los efectos de la crisis heredada.

Aunque en este momento no resultaba conveniente someter a las pequeñas y medianas empresas a un procedimiento tan engorroso, debido a que, los requisitos dados por la norma resultaban muy fatigosos o muy costosos para empresas con un patrimonio tan pequeño. Por ejemplo, lo costoso que resultaban los diez avisos de convocatoria que se debían publicar para la reunión de Junta de Acreedores, asimismo de lo costoso de un estudio económico para realizar un Plan de Reestructuración, hay que mencionar además, lo costoso de contratar un administrador o liquidador, requisitos que en muy pocos casos podían ser cumplidos, por tal razón, no obtenían protección del Sistema Concursal²³.

Sin embargo, pese a las modificaciones y mecanismos que introdujo la Ley de Reestructuración Empresarial para intentar el sinceramiento de la actividad económica, y de esa forma permitir que las empresas afronten la crisis instaurada, aún no se revelaba en absoluto el principio de conservación de las empresas viables, principio que se intentó mostrar con la mencionada Ley. Consideramos que, esta Ley fue vista como un “*borrador*”, pues al cambiar tan radicalmente la visión del Sistema Concursal, se tuvo muchos vacíos, los cuales solo pudieron ser reconocidos por la aplicación práctica, es por ello que, tuvo una duración muy corta de tan solo 4 años.

Por lo que fue preciso modificar esta Ley, promulgándose por ello, la Ley de Reestructuración Patrimonial – Decreto Legislativo N° 845, tomando las deficiencias de la Ley anterior, sin dejar de lado la construcción teórica de ésta, esto es, trata de preservar las bondades del Sistema creado en 1992. Se observa que la Ley en mención afinó algunos conceptos e instituciones permitiendo a los agentes del mercado ver en este sistema una posibilidad concreta y segura de

²³ MUÑOZ AGUILAR, Estuardo. Reestructuración Patrimonial. Op. Cit. p. 27.

salida de la crisis patrimonial o de recuperación de su crédito, según la orilla en la que se encontrara²⁴.

Uno de los principales cambios que incorporó esta Ley es la ampliación en el ámbito de aplicación de la norma, comprendiendo además los patrimonios tanto de sociedades conyugales, personas naturales y no solo de empresas.

En esta etapa se pueden identificar tres momentos en la vigencia y aplicación de esta norma, se aprecia que el primer momento surge con el decreto mencionado en el párrafo anterior, la segunda con la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración, y por último la modificación por el TUO de esta norma.

En términos generales, el primer momento, surge el 20 de septiembre de 1996, con el Decreto Legislativo N° 845, llamado Ley de Reestructuración Patrimonial, como se mencionó en los párrafos precedentes, ésta norma toma las deficiencias advertidas en la Ley anterior, sin embargo, mantuvo el mismo diseño de su antecesora²⁵. En el sentido de que se atribuye las principales decisiones del proceso a los más afectados con la crisis de la empresa insolvente, es decir a los acreedores, quienes reunidos en junta de acreedores y por mayoría podrán optar por la reestructuración del patrimonio de su deudor o por su liquidación ordenada, según el caso²⁶.

Además de ello, postula la recuperación del crédito para los agentes del mercado, con reducción de las dificultades en la negociación, aspirando a la conservación de las empresas viables y la salida ordenada de las que no la fueran²⁷ respecto a las modificaciones que incorpora esta Ley, se observa la integración del artículo destinado a definir algunos conceptos para efecto de su aplicación práctica, consideramos así que, los legisladores trataron de definir ciertos conceptos para una mejor aplicación de la norma, con ello se establece el concepto de deudor,

²⁴ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. "Más vale prevenir que lamentar. La importancia del concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana". Op. Cit., p. 183.

²⁵ EZCURRA RIVERO, Huáscar. Op. Cit., p. 254.

²⁶ *Ibíd.*, p. 254.

²⁷ GUERRA, Luiz y CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Crisis Financiera Global. Crisis Económica Internacional*, Brasil, Guerra Editora & Livraria, 2011, p. 243.

considerándose solo como deudores a las empresas, según lo señalado en su artículo 1°. Definiendo el concepto de deudor de la siguiente manera:

“Toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios, establecida de hecho o constituida en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras”²⁸.

Los procedimientos al igual que en la Ley anterior, siguieron a cargo de la entidad administrativa, claro está, privilegiándose la decisión de los acreedores, sobre el destino del patrimonio del deudor. La quiebra se constituye como una última opción en el manejo de las crisis patrimoniales²⁹.

Esta norma apuntó con más ahínco, siguiendo la construcción teórica que la anterior, a:

“(i) reducir costos de transacción entre los privados con la finalidad de arribar a acuerdos eficientes (ii) proteger adecuadamente el patrimonio del deudor insolvente porque de esa manera también se protegía el interés colectivo de los acreedores en la recuperación de sus créditos, (iii) reforzar las facultades de control ex - ante y ex - post otorgadas a la autoridad concursal y (iv) ampliar el “menú” de “opciones” para los acreedores (circunscrito antes únicamente al procedimiento de insolvencia) con la creación del procedimiento simplificado y del concurso preventivo, procedimientos con características, alcances y efectos legales diferentes”³⁰.

Con esta norma se amplió las opciones para los acreedores, incorporando así el procedimiento preventivo y el procedimiento simplificado, realizándose este último

²⁸ De conformidad con el Artículo 1 de la Ley de Reestructuración Patrimonial.

²⁹ LOZANO HERNANDEZ, Julio. Op. Cit., p.6.

³⁰ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. “Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”. Op.cit., p.64.

ante notario, se trata en rigor, de un Convenio de Reprogramación de Pago, esto es, más propiamente, una versión simplificada de los Convenios Extrajudiciales de la antigua Ley Procesal de Quiebras, pues en este convenio el deudor celebra “*contratos*” con sus acreedores antes de la declaración de quiebra, por lo que, eran válidos en la medida que hayan sido aprobados por los deudores y la totalidad de acreedores; la diferencia entre los Convenios Extrajudiciales y el procedimiento simplificado, es que el objeto principal del convenio eran la liquidación de los bienes del deudor y en el procedimiento simplificado es la reprogramación de pagos³¹.

Se denomina simplificado, no solamente en relación al procedimiento general y ordinario, el cual era mucho más lato y complejo, y sobre todo de costos mucho más elevados, sino en contraposición a los demás procedimientos derivados del Sistema Concursal, se considera un procedimiento abreviado y simplificado.

Tiene por objeto cubrir el universo de las Pequeñas y Medianas Empresas, e incluso las Micro Empresas (si sus costos -notariales- así los permitieran), que se encontrasen en dificultades económicas o financieras iniciales y superables, que, por la simplicidad, brevedad y bajos costos del Procedimiento, podrían acogerse, dentro de este esquema, a los beneficios de su recuperación y/ o reflotamiento.

Como se mencionó anteriormente, la Ley de Reestructuración Empresarial no resultó muy eficiente a pesar del cambio de perspectiva que incorporó al Sistema Concursal, pues como ya sabemos, no resultaba muy atractivo para las empresas pequeñas acogerse a los procedimientos, ya que resultaban engorrosos y muy lato, por tanto, quedaban desprotegidas. Es mediante la incorporación de este procedimiento que las empresas pequeñas que atravesaban crisis económicas podrían acogerse a este procedimiento sin mayores dificultades, ya que el costo de acceso era menor.

³¹ FLINT, Pinkas. Op. Cit., p.4.

En resumidas cuentas, el objeto de este Procedimiento Simplificado Notarial, es la obtención, por la Empresa, de un Convenio de Reprogramación de Pago con sus acreedores³².

Por otro lado, con respecto al Procedimiento Preventivo, llamado así por ser un procedimiento de anticipación de la crisis, el cual es solicitado exclusivamente por el deudor, éste procedimiento al igual que el simplificado es un procedimiento innovador, incorporado por ésta Ley.

El objeto de este Procedimiento es refinanciar las obligaciones próximas a vencer, pues el deudor se encuentra en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones, este acuerdo deberá ser celebrado con representantes de más del 50% de sus acreedores. Con ello se busca evitar que la empresa por la cesación de pagos generados por una mala situación temporal termine incumpliendo el total de sus obligaciones y generando una crisis para ésta, es decir, la finalidad de este procedimiento es brindar una ayuda a la empresa, para que pueda cumplir con sus obligaciones, permitiendo un acuerdo entre las partes para otorgarle una prórroga en el plazo a las empresas que accedieran acogerse, el cual permitiría el cumplimiento de sus obligaciones.

Cabe precisar que, durante la vigencia de esta norma la demanda de casos presentados ante el INDECOPI para acogerse a los Procedimientos Concursales (principalmente al de declaración de insolvencia) sobrepasó cualquier estimado. Ello, principalmente, por la situación recesiva que atravesaba el país y por la crisis internacional que, en un mundo globalizado, tenía que golpear (como en efecto lo hizo) a muchas empresas peruanas. La respuesta fue la promulgación de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial - Ley 27146³³, este segundo momento se dio en el año 1999, esta Ley modificó más no derogó la Ley anterior.

³² SOBREVILLA ENCISO, Tomás. "Ley de reestructuración patrimonial. El «procedimiento simplificado» notarial", *Revista Derecho PUC*, N° 50, Diciembre 1996, p. 367.

³³ Publicada en el Diario Oficial el Peruano el 24 de junio de 1999.

Esta Ley persiguió los objetivos y principios establecidos en las dos leyes anteriores, pero introdujo, además, mayores facultades de fiscalización a favor de la autoridad concursal y trazó nuevos incentivos para masificar el uso de los procedimientos preventivos, hasta ese entonces muy poco utilizados, en comparación con el Procedimiento de Insolvencia³⁴.

Por lo que se refiere a las modificaciones e incorporaciones más relevantes para nosotros, tenemos, en primer lugar, con respecto al artículo referente al patrimonio comprendido en los procedimientos, se consigna al patrimonio en general sin especificación alguna de la clase de patrimonio del cual se comprende³⁵, como si se hizo alusión en la Ley de Reestructuración Patrimonial, señalándose anteriormente al patrimonio empresarial.

En segundo lugar, con respecto a la declaración de insolvencia a solicitud del deudor, en esta Ley se añade dos situaciones para declarar la insolvencia³⁶ lo cual no se hizo referencia en la Ley anterior. Por último, dentro de las modificaciones que consideramos más relevantes, es la modificación referente a la del artículo 16° de la Ley sobre la suspensión de la exigibilidad de obligaciones, siendo modificada por esta Ley, en cuanto a que dicha suspensión se dará a partir de la fecha en que se efectúa la publicación³⁷.

³⁴ Esta modificación al Decreto Legislativo N° 845, motivo la promulgación del Decreto Supremo N° 014 - 99- MITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de noviembre de 1999.

³⁵ De observarse en el artículo 3° de Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, "*Patrimonio comprendido en los procedimientos.- El patrimonio sometido a los procedimientos derivados de la aplicación de la presente Ley comprende el universo de bienes y derechos de una persona natural o jurídica o de una sociedad irregular. En los casos de procedimientos frente a personas naturales, únicamente se exceptuarán aquellos bienes que de conformidad con lo establecido en el artículo 648 del Código Procesal Civil tengan la calidad de inembargables.*"

³⁶ De Conformidad con el Artículo del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI "*Declaración de insolvencia a solicitud del deudor: Cualquier persona natural o jurídica o sociedad irregular podrá solicitar la declaración de su insolvencia ante la Comisión, siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes Casos: **a) Que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a 30 (treinta) días; b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor que las dos terceras partes del capital social pagado.** Tratándose de empresas en proceso de disolución y liquidación iniciado al amparo de la Ley General de Sociedades, la Junta de Accionistas o el órgano competente deberá revocar previamente el acuerdo adoptado en ese sentido. (...)*" (Subrayado y negrita nuestro).

³⁷ Recogiendo lo siguiente en el artículo en mención "*Suspensión De La Exigibilidad De Obligaciones: "A partir de la fecha en que se efectúa la publicación a que se refiere el Artículo 8",*

Pese a la corta vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, antes de la modificación realizada por la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, la cual agregó modificaciones e incorporaciones, de las cuales se pensaba iban a optimizar ciertas deficiencias advertidas, se promulgó un par de meses después el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley, aprobada por Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, no habiéndose terminado de entender que el TUO no traía modificaciones³⁸, pues esta norma recoge el Decreto Legislativo N° 845 y las innovaciones creadas por la Ley N° 27146, teniendo como finalidad aclarar y en algunos casos variar sustancialmente ciertos artículos.

Un mes después, exactamente el 01 de diciembre de 1999, se promulgó el Decreto de Urgencia N° 064-99, que además de incorporar a la lista de procedimientos, el procedimiento transitorio, modificó el artículo 47°, 49°, 50° y 109°, de los cuales recién habían sido modificados por el TUO³⁹.

Como se aprecia el Sistema Concursal fue preso de infinidad de modificaciones que no terminaron con las mencionadas, hubieron muchas más, como el Decreto de Urgencia N° 020-2000, Ley N° 27295, Decreto de Urgencia N° 031-2000, Decreto Supremo N° 121-2000-EF, Decreto Supremo N° 139-2000, etc., sin embargo, este es solo un resumen de las leyes que se incorporaron a la legislación, pues como ya lo mencionamos inicialmente no es la idea central del presente trabajo de investigación desarrollar específicamente cada una de ellas.

Es a consecuencia de dichas modificaciones, que se generó que la norma esté enmarcada en coyuntura y burocratización, pues, muchos autores consideraron

se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el insolvente tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que estuviese pactada o, a falta de pacto, la legal. En este caso, no correrán intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.”, no como su antecesora, en la cual se establecía la suspensión desde la declaración de insolvencia.

³⁸ ECHEANDIA CHIAPE, Luis Francisco. *Odisea Concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador*. Revista Ius et Veritas – PUCP, edición N° 22, Lima 2001, p. 195.

³⁹ *Ibíd.*, p. 195.

que es debido a dichas modificaciones que la Ley Concursal a pesar de ser una de las normas más completas y correctas⁴⁰ no tuvo la acogida que se esperó, pues las empresas estaban en:

“estado de permanente expectativa en los agentes económicos por conocer la “última norma de reestructuración, crecía geométricamente conforme se promocionaba más el “sistema de reestructuración patrimonial”, el uso serio y consciente del sistema era lo de menos, había que entrar en él a como dé lugar para “salvar la empresa”⁴¹.

Todo esto se debió a la incuestionable facilidad del INDECOPI para lograr las aprobaciones de sus propuestas legislativas, no obstante, la crítica que se realiza no es por las grandes modificaciones que enfrentó la normativa concursal, sino que dichos cambios no mejoraron la eficiencia del régimen, por el contrario, se dedicó a atender los requerimientos de la política económica, creando por ello, los procedimientos ad hoc a gusto de sectores, así como la promulgación del Decreto de Urgencia N° 031-2000, normas de excepción destinadas a crear condiciones para el desarrollo del programa de reprogramación de pagos del pago de créditos agropecuarios⁴².

Después de todo el meollo de modificaciones incorporadas a la legislación del Sistema Concursal, finalmente con la promulgación de la Ley N° 27809 – Ley General del Sistema Concursal, se coronó la evolución del Derecho Concursal Peruano. Se considera que la Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGSC) incorporó al Sistema muchos aportes desde su promulgación, a pesar de las modificaciones a las que tuvo que enfrentarse, las cuales no cambiaron la esencia de la Ley, sino pequeñas deficiencias en la aplicación práctica, las cuales se explicaran a continuación:

⁴⁰ LIZÀRRAGA VERA – PORTOCARRERO, Anthony. “Comentarios a la reciente modificación de la Ley General del Sistema Concursal. Cuando el tiempo pone las cosas en su lugar”, *Análisis Jurídico Mercantil*. N° 264, Noviembre 2015, p.136.

⁴¹ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. “Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”. Op.cit., p. 65.

⁴² ECHEANDIA CHIAPE, Luis Francisco. Op.cit., p. 195.

En el año 2005 y 2006 se incorporaron diversas modificaciones, la primera realizada por la Ley 28618 de fecha 29 de octubre de 2005 y la Ley 28709 de fecha 12 de abril de 2006. La primera de estas modificó el artículo 106° de la LGSC referido a los efectos de la aprobación del acuerdo global de refinanciación, debiendo contemplar necesariamente todos los créditos reconocidos, así como aquellos que sin haber sido verificados por la autoridad concursal se hubiesen devengado hasta la fecha de difusión del procedimiento⁴³.

Y la segunda de ellas, modificó más de un artículo, siendo entre los más importante, la modificación del artículos 2.2 referido al ámbito de aplicación de la norma, el cual hace referencia a que tipos de deudores no comprende la presente Ley, estando fuera del ámbito de aplicación las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros, asimismo, las que se encuentran dentro del alcance de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. Hay que mencionar, además que tampoco se encuentran comprendidos en la presente ley los patrimonios autónomos, salvo las sociedades conyugales y sucesiones indivisas. Incluyendo la modificación en mención a las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y las demás entidades de derecho público.

Por otro lado, también consideramos como otra modificación relevante la modificación realizada al artículo 19° inciso 3, la cual hace referencia a la ineficacia de los actos del deudor, otorgando antes de la modificación, la posibilidad de declarar los actos ineficaces⁴⁴ en ciertas situaciones, pero después

⁴³ Ley N° 28618 que modifica el artículo 106 de la Ley N° 27809.

⁴⁴ Artículo 19° de Ley General Del Sistema Concursal.- “Ineficacia de los autos del deudor: (...) 19.3. Podrán ser declarados ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación”.

de ésta, se precisa que será el juez⁴⁵, quien declarará ineficaz el acto celebrado entre la fecha de presentación de la solicitud hasta el momento en que la Junta decida el destino del deudor.

Por último, la modificación realizada al artículo 42 inciso 1, referida al orden de preferencia, teniendo como presupuesto antes de la modificación solo en segundo orden los créditos alimentarios, incorporándose con la modificación los aportes impagos al Seguro Social de Salud incluyendo los intereses, moras, costos y recargos que estos generen.

El 27 de junio del año 2008, mediante el Decreto Legislativo 1050, se modificó el artículo del Título Preliminar referido al objetivo de la Ley, estableciéndose antes de la modificación como objetivo la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa y después de ésta, la recuperación del crédito.

Como se puede observar de lo descrito anteriormente, en primer lugar se establecieron tres objetivos: la permanencia de la unidad productiva, la protección del patrimonio y la protección del crédito, objetivos que para LIZÁRRAGA⁴⁶ imposibles de cumplir simultáneamente, ya que la única alternativa era optar por uno o por otro, ya sea por la protección del crédito o la permanencia de la empresa (unidad productiva) y con ello, protección del patrimonio de la empresa.

Pues bien, el razonamiento del autor se dirige en el sentido de que si se desea proteger el crédito de los acreedores, tendrán estos que procurar una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales, además, si estos optan por la reestructuración en tanto, la empresa se encuentre en una

⁴⁵ Artículo 19º de la Ley 28709.- “Ineficacia de los autos del deudor: (...) 19.3. El juez declarará ineficaces y en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación”.

⁴⁶ LIZÁRRAGA VERA – PORTOCARRERO, Anthony. “Esperando que la oportunidad llame dos veces. Pasado, presente y futuro de la Ley General del Sistema Concursal”. *Revista PUCP*, N° 10, 2010, p.30.

situación viable, se podrá cumplir con la protección del crédito, pero a su vez se podría proteger los otros objetivos que son la permanencia y la protección del patrimonio de la empresa.

Pero que sucedería, en el caso de que la empresa no tenga recursos para reestructurarla y se deba decidir por la liquidación, debido a que se conseguiría más recursos liquidando la empresa que aspirando a la continuidad de la actividad de su giro del negocio, no pudiendo cumplirse con ello, la conservación de la unidad productiva ni con la protección del patrimonio del deudor, pero los acreedores verán satisfecho el cobro de sus créditos.

Por las razones expuestas, es que el autor en mención, considera que no se puede proteger los objetivos estipulados en la norma antes de la modificación de manera simultánea, acerca de ello, consideramos que los objetivos establecidos en la antigua ley no tenían como finalidad una aplicación simultánea, sino, en tanto puedan cumplirse, dependiendo de la circunstancia en particular de cada caso en concreto. Después de la modificación realizada mediante el Decreto Supremo 1050, se modificó los objetivos de la ley, pues la actual Ley tiene como objetivo solo uno, que es la recuperación del crédito.

Consideramos que esta modificación no es la más adecuada pues, al tenerse como objetivo solo la recuperación del crédito, no en todas las circunstancias se velará por la permanencia de la unidad productiva así esta sea viable pues se priorizará que los acreedores recuperen su crédito, y al considerar que la liquidación otorga un cumplimiento más inmediato, optaran por dicha alternativa.

La Ley General del Sistema Concursal establece su objetivo en el Artículo I “*es la recuperación del crédito*” dándole un deber a los agentes del mercado, debiendo procurar una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales, orientando a conseguir el máximo valor del patrimonio de la empresa en crisis. Además también plasma su finalidad en el Artículo II del citado cuerpo legal, estableciendo así que “*los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor*”

sometido a concurso (...)". De esa manera los agentes económicos con intereses contrapuestos buscan conciliar los mismos en un escenario idóneo en el que los costos de transacción se reducen y los beneficios pueden maximizarse para la mayoría.

Haciendo hincapié en los beneficios que trae una legislación concursal que pretende proteger el crédito son considerables: desde la óptica de los acreedores, otorga seguridad a las operaciones comerciales que realizan, porque como resultado de la asimetría de la información⁴⁷, son los más desprotegidos al momento de contratar. Un ejemplo claro, son los Bancos, que al momento de contratar con una empresa o una persona natural, tienen la desventaja con relación a la otra parte, debido a que ellos no tienen la seguridad que la otra parte en este caso la empresa les pagará, como suele ocurrir en muchos casos, es que no ven efectivo su derecho a cobro, por las eventualidades que puede sufrir la empresa deudoras, en este caso la crisis.

Con un Sistema Concursal eficiente la perspectiva de los acreedores cambia considerablemente, debido a que tendrán claro que el riesgo de las operaciones que realizan decrece porque se cuenta con un sistema rápido, efectivo y predecible, donde la recuperación de sus créditos no será imposible⁴⁸, en caso de encontrarse en una situación similar a lo mencionada.

"Finalmente consideramos que es rescatable centrar todo el procedimiento en una autoridad administrativa, ya que ésta nos brinda certeza de que la información que se presenta ante la misma es cierta y verificable lo que minimiza los costos de transacción, lo que importa es obtener información oportuna y fidedigna de los deudores en crisis en la búsqueda de toma de decisiones

⁴⁷ Cuando se hace mención a la asimetría de la información, se hace referencia a que en los mercados, cuando una de las partes tiene más información que la otra. Esto produce que una de las partes se encuentre en una desventaja en relación a la información con respecto al otro se produzcan ineficiencias en el mercado.

⁴⁸ Cfr. DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. "Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal". Op.cit. p. 66.

económicas eficientes por parte de los acreedores, así mismo permite una mayor celeridad en los procedimientos”⁴⁹.

En resumen consideramos que al haberse modificado el objetivo de la Ley, es beneficioso para los acreedores, ya que por un lado son ellos quienes generan la circulación del capital, pero por otro lado, las liquidaciones de empresas afecta a la economía del país, debido a que desaparece la competitividad empresarial, el empleo y otras razones.

1.2. Concepto del Sistema Concursal

Consideramos que para definir al Sistema Concursal, primero debemos entender como un sujeto llega a necesitar la protección de éste sistema, entonces es necesario, señalar en primer lugar que, la relación entre deudor y acreedor nace de algún tipo de contrato y es el mismo contrato el que establece las reglas, tanto derechos como obligaciones de las partes. Siendo el mismo contrato, el que regula las consecuencias del incumpliendo por alguna de las partes, por lo tanto, este se establece las consecuencias para el deudor que incumple y el derecho a exigir por parte del acreedor afectado. Es así como se regulan los contratos, basta que el sistema legal reconozca el derecho de contratos y su carácter obligatorio entre las partes, para que los privados en ejercicio de su autonomía privada establezcan las reglas más adecuadas en cada caso concreto⁵⁰.

Ahora bien, en segundo lugar, corresponde señalar que la dificultad surge en los casos en que hay concurso de acreedores, esto quiere decir, que hay un colectivo de acreedores afectados por el incumplimiento de las obligaciones, de un deudor, que en este caso, es el mismo. Pero no basta con los contratos u obligaciones que cada una de las partes tiene con el deudor, ya que si fuera así, bastaría con que cada acreedor haga cumplir su contrato y lo pactado para el caso de incumplimiento de alguna cláusula para solucionar el problema de incumplimiento por parte del deudor.

⁴⁹ LOZANO HERNANDEZ, Julio. Op. Cit., p.6.

⁵⁰ EZCURRA RIVERO, Huáscar. Op. Cit., p.158.

Se debe agregar que dicha dificultad no termina ahí, ya que no basta solo que cada parte haga cumplir lo pactado, pues la situación jurídica por la cual se ha creado el Derecho Concursal es mucho más complicada, ya que el deudor se encuentra en insolvencia para cumplir con las obligaciones que tiene con todos los acreedores. Es por ello que *“el objeto del derecho concursal como un sistema, es la situación de crisis que afecta a los sujetos intervinientes en relaciones de índole económico - patrimonial y los medios para afrontarla”*⁵¹.

[Así entendemos que]: *“El derecho concursal entra en escena cuando el derecho común se convierte en obstáculo para solucionar una crisis que involucra una pluralidad de intereses, que además son diversos e incluso contrapuestos. En una situación ordinaria, ante el incumplimiento de un a deudor, el acreedor puede exigir el pago y accionar por la vía judicial para obtenerlo (...)”*⁵².

Como lo explicábamos en los párrafos precedentes, en principio, la idea de que cada acreedor hiciera cumplir su contrato sería lo más adecuado, pues cada uno haría valer su derecho en la vía correspondiente, ya sea judicial o extrajudicial, mediante una conciliación o un arbitraje según lo pactado o no, y de esa manera hacer efectivo el pago de su crédito.

*“Sin embargo, la racionalidad de dicha regla colapsa ante la presunción o la evidencia de un desbalance en virtud del cual el patrimonio del deudor puede resultar insuficiente para pagar a todos los acreedores (...) la sola verificación de la insuficiencia patrimonial justifica una respuesta particular por parte del sistema jurídico”*⁵³.

En estos casos en particular, la dificultad no está solo en el sentido de que son un colectivo de acreedores quienes solicitan la devolución de su crédito, aunado a

⁵¹ CHMERLER VAINSTEIN, Daniel. “Ineficacia de actos en el “periodo de sospecha”: Buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Volumen 7 N° 12, Junio 2011, p. 33.

⁵² *Ibíd.*, p. 34.

⁵³ *Ibíd.*, p. 34.

ello, encontramos a un deudor en difícil situación, pues se encuentra en una crisis económica, o sea el patrimonio de la empresa es insuficiente para cumplir con las obligaciones a su cargo, y esto por su parte genera un caos aún más grande para los acreedores. Ya que en una situación de insolvencia, cada uno de los acreedores comenzaría a ejecutar su contrato de forma individual, cada uno buscaría y velaría por su interés personal. Por ejemplo, algunos harían valer las garantías pactadas, en los casos que no tuvieran garantía alguna, intentarían embargar activos del deudor y a su vez todos los acreedores al conocer la situación de la empresa, buscarían cobrar su acreencia de la forma que consideren adecuada. En estos casos en particular, generalmente, se termina en una liquidación de los activos del deudor, como resultado del mismo caos de los acreedores por cobrar sus acreencias, pues consideran que al menos deberían intentar cobrar algo de ellas.

Precisamente es a través del Sistema Concursal que se busca brindar un mejor resultado tanto para los acreedores como para el deudor, ya que la liquidación no siempre es la mejor opción, realizando estos alcances (mejor resultados) por medio de mecanismos. Es por ello que, el Sistema Concursal, se puede definir como un *“conjunto de mecanismo establecidos para tratar la crisis de la empresa en un momento determinado”*⁵⁴.

Los procedimientos concursales son mecanismos de naturaleza excepcional previstos en el ordenamiento jurídico, a efectos de hacer frente a aquellas situaciones en las que el patrimonio de un determinado sujeto de derecho resulta insuficiente para satisfacer a plenitud el integro de sus deudas. Al configurarse el estado de crisis en el deudor como consecuencia de la referida incapacidad patrimonial, se da lugar a la apertura de los procedimientos concursales⁵⁵.

Es correcto afirmar que el Sistema Concursal tiene los medios adecuados para proteger al concurso de acreedores afectados por el incumplimiento y más aún por la crisis en la que la empresa se encuentra. Por ello, se considera que “los

⁵⁴ Ibíd., p.34.

⁵⁵ Ibíd., p.34.

*sistemas concursales se construyen a modo de filtro para permitir la supervivencia de las empresas económicas eficientes y para reasignar adecuadamente los recursos de las ineficiencias. Se presupone que dichos sistemas deben contar con procedimientos de insolvencia que sean rápidos y de bajo costo (...)*⁵⁶. Con la finalidad de viabilizar y aumentar la capacidad y celeridad de la recuperación del crédito para los acreedores, y de esa manera facilitar el retorno de los deudores que se encuentran inmersos en concurso, a su situación ordinaria, para la realización de sus actividades.

Se puede decir que existe una situación concursal cuando “*el deudor se revela imposibilitado de pagar a la pluralidad de sus acreedores, lo que exige establecer normas especiales para la protección de todos los intereses en presencia*”⁵⁷. Por su parte, BULLARD GONZALES, considera que el Sistema Concursal es un sistema que permite enfrentar una situación de crisis económica, por lo que los acreedores deben tomar decisiones por la empresa, y se trata de reducir los costos de transacción entre los acreedores para que éstos tomen acuerdos sobre el mejor destino de la empresa⁵⁸.

Conforme lo señalado, queda establecido que, ante una eventual situación de crisis por la que puede atravesar la empresa, el Sistema Concursal, brindara los mecanismos adecuados e idóneos, para cada caso en concreto, para que cada acreedor vea protegido su acreencia, buscando la purificación del mercado, ya que permitirá la supervivencia de las empresas eficientes. Y por otro parte, a las empresas con los recursos ineficientes para poder mantenerse ante situaciones similares, les brindara los mecanismos para una salida ordenada del mercado. En ambas situaciones, serán los mismos acreedores quienes decidan sobre el destino del deudor, mediante acuerdos y transacciones a bajo costos y con mayor rapidez.

⁵⁶ PUELLES OLIVERA, Luis Guillermo y DE LA PUENTE SANDOVAL, Carlos Javier. “Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal”, *Revistas IUS ET VERITAS*, N° 52, Julio 2016, p. 52.

⁵⁷ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Op. Cit., p.34.

⁵⁸ FLINT, Pinkas. *Eficiencia Y Racionabilidad en el Sistema Concursal. El Caso Peruano*, Tesis para optar el grado de Doctor, Barcelona, Universitat Ramón Llul, 2005, p. 8.

Siendo muy importante la existencia del Sistema Concursal, debido a que facilita la rehabilitación de la empresa, como mencionábamos anteriormente, velando por los intereses de los acreedores como del deudor concursado, mediante un estudio económico realizado a las empresas, brindará diversas posibilidades. No obstante en el caso de que el estudio económico realizado a la empresa, la mencionada rehabilitación demuestre que esta da mayores resultados, realizando actividades, se optaría por esta opción, en este sentido se daría el Plan de Reestructuración Patrimonial, y de no ser posible esta opción, se daría un Convenio de Liquidación. Esta elección se dará luego de que la Junta de acreedores se instale, la cual estará conformada por los acreedores oportunos, siendo estos los que se presenten dentro del plazo después de publicada la declaración del concurso- y se designará de ser el caso un Administrador o un Liquidador.

Un sistema de insolvencia empresarial en marco legal permite evaluar la viabilidad de las empresas con problemas para enfrentar sus obligaciones financieras, con el objetivo de definir su permanencia o su cierre definitivo. En el Perú, el sistema de insolvencia empresarial se denomina Sistema Concursal y actualmente se rige por la Ley General del Sistema Concursal- Ley 27809.

1.3. Finalidad del Sistema Concursal

Comencemos por entender que si consideramos que el Sistema Concursal es un conjunto de mecanismo establecidos para tratar la crisis de la empresa en un momento determinado, podríamos concluir que su finalidad es la de prevenir las situaciones de crisis y evitar deudores insolventes.

Para ROSSI el Sistema Concursal no tiene como finalidad principal la recuperación de la empresa, sino que esta finalidad se tendrá en cuenta solo en relación a la propia satisfacción de los acreedores, esto quiere decir, que tiene por finalidad satisfacer a los acreedores. Es por ello que considera que:

“el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que contenga una reglamentación diferente, especialmente dirigida a la conservación de la empresa”⁵⁹.

Se debe agregar que MERMA considera que la finalidad dependerá de diversos aspectos, entre ellos, el entendimiento de la integralidad del Sistema Concursal, una normativa funcional y acorde los requerimientos de la dinámica concursal, una Administración Pública con autoridad que confiera al sistema orden, reglas claras⁶⁰.

Si consideramos como lo establece MONTROYA⁶¹, el Sistema se divide en dos grandes etapas, la primera es la dación del Código de Comercio de 1902 y la segunda en todas las modificaciones hasta llegar a la Ley del Sistema Concursal - Ley 27809.

En la primera etapa se reconocía la situación de crisis en la empresa, pero el autor considera que no era resultado de los ciclos o cambios económicos sino una mala gestión o como resultado de una intención defraudadora hacia los acreedores. Por lo que se procuró promulgar normas que regularan los derechos de los acreedores con la finalidad que puedan cobrar sus créditos a través de la realización y venta de los bienes de la empresa. Por lo tanto, en esta primera etapa se tenía como finalidad la protección del crédito mediante la liquidación de la empresa en crisis. Por tanto, a nuestra opinión no solo es importante mencionar al Código de Comercio de 1902, sino también la Ley de Quiebras, que cumplió claramente con dicha finalidad.

⁵⁹ ROSSI, Guido. Perú y España: *Dos realidades, dos mundos distintos, unidos por un derecho común*. [<http://www.galeon.com/josicu/OTROS/9t.pdf>], p. 11.

⁶⁰ Cfr. MERMA MOLINA, Guido. *El Sistema Concursal Peruano: Limitaciones y potencialidades*, Lima, Universidad Nacional de Callao, 2012, pp. 11-12.

⁶¹ FLINT, Pinkas. *Eficiencia Y Racionabilidad en el Sistema Concursal. El Caso Peruano*. Op. Cit., p. 10.

En la segunda etapa después de las modificaciones que concluyen con la Ley 27809 – Ley General del Sistema Concursal, se considera que esta etapa se caracteriza por la intervención del Estado al permitir que las empresas en quiebra sigan funcionando, la evolución se centró en la dicotomía: vale más la empresa liquidada o funcionando. En este sentido los acreedores deberán pronunciarse sobre la viabilidad económica de la empresa insolvente y sólo en caso que la empresa en marcha no valga más que liquidada se decidirá su cierre⁶².

Siguiendo la perspectiva de la segunda etapa y considerando que los objetivos son la permanencia de la unidad productiva, protección del crédito y del patrimonio de la empresa, claro está antes de la última modificación. A su vez se establecía como finalidad para lograr dichos objetivos, propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor, que les permitiera llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, conduzca a la salida ordenada del mercado de la unidad productiva bajo reducidos costos de transacción⁶³.

Entonces, podemos tomar como conclusión que la finalidad general, en el momento de una crisis y al concurrir varios acreedores, es buscar propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o a la salida ordenada del mercado mediante la liquidación y la extinción, dependiendo de la viabilidad de la empresa.

Siendo esta viabilidad definida como el estudio realizado a las empresas, siendo los acreedores quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada, claro está debiendo previamente cumplir los requisitos para uno u otro procedimiento.

⁶² Ibíd., pp. 95-97.

⁶³ Cfr. CHONCHA, Mauricio y LLADÓ Jorge. “Algunas reflexiones sobre el sistema de insolvencia empresarial en el Perú”, *Revista Moneda*, 2014, p.34.

1.4. Características del Procedimiento Concursal

Como se hizo mención anteriormente, el Sistema Concursal no es un escenario común u ordinario, en donde los acreedores hacen efectivos sus acreencias de manera independiente, sino por el contrario, se da concurrencia de acreedores con créditos independientes e incluso contrapuestos. El sistema concursal contiene un conjunto de características que lo diferencian de los demás sistemas regulados en el ordenamiento, las cuales serán examinadas a continuación:

1.4.1. Es un procedimiento excepcional

El Sistema Concursal es un procedimiento mediante el cual se hace frente a las situaciones de insolvencia de los deudores frente los acreedores, pero no es el principal procedimiento, como se mencionó anteriormente, si tenemos en cuenta de donde nacen las obligaciones, entenderemos porque es un procedimiento excepcional.

La relación entre deudor y acreedor nace de un contrato, mediante el cual las partes plasman sus voluntades, incorporando en éste derechos y obligaciones, debiendo cumplir cada parte con lo que le corresponde. Y a su vez estableciendo consecuencias en caso de incumplimientos. Se puede definir a los contratos como lo siguiente:

“Son los actos jurídicos de mayor realización en la vida diaria, las personas se encuentran constantemente celebrando acuerdos de voluntades sin tener plena certeza y conocimiento del conjunto de normas jurídicas que regulan su actuación, de tal suerte que, ocasionalmente, se generan problemas en su celebración o el cumplimiento de las obligaciones pactadas”⁶⁴.

⁶⁴ MARTINEZ MORENO, Alfredo; LLANOS ARGUELLO, Claudia; ESTRADA ALVARADO Gerardo y SAMANO BONILLA Rafael. *Contratos Civiles.*, Plan de estudios 1471, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p.50.

Al ser una expresión de la voluntad de las partes, es este mismo contrato, el que establecerá que sucede en caso el deudor o acreedor incumplan algunas de sus obligaciones, y es por ello que solo basta con que el Estado reconozca el Derecho de Contratos y su carácter obligatorio sin necesidad de haber una Ley específica sobre la materia.

En caso el mismo contrato, o las reglas del Derecho de Contratos de manera supletorio (cuando las partes no hayan establecido acuerdo sobre alguna situación) no basten para solucionar el incumplimiento de una de las partes. Puede haber una opción, que es que la parte afectada puede ejecutar la garantía que tenga pactada a su favor, pudiendo ser una letra de cambio o cualquier otro título valor que respalde su acreencia, mediante la ejecución de su garantía. De no haberse pactado garantía, la otra opción sería seguramente intentar embargar activos del deudor mediante una demanda de obligación de dar suma de dinero, velando de alguna manera por sus intereses. Siendo estas dos vías los procedimientos ordinarios a los cuales el acreedor afectado debería acudir.

Como se ha mencionado anteriormente la dificultad más grande en este tipo de situaciones surge cuando es un colectivo de acreedores, es decir, un concurso de acreedores afectados por el incumplimiento de un solo deudor, ellos podrían hacer valer su garantía o en caso no tuvieran una, cobrar directamente con el activo del deudor. Cabe precisar que esto realmente no sería una dificultad, si el deudor se encontrase en la capacidad económica para cubrir sus deudas, pero como se mencionó al comenzar, el Sistema Concursal es un procedimiento por el cual se hace frente a situaciones de crisis.

La crisis del deudor es la dificultad mayor, ya que los acreedores impagos harían valer su derecho mediante las vías ordinarias, todos ellos harían lo mejor posible para cobrar, presionando cada vez más al deudor, sin este poder hacer más, debido a la crisis que atraviesa. *“Y como el deudor, dada su situación de insolvencia, no podrá atender las exigencias de todos al mismo tiempo el resultado final más probable será, inevitablemente, la liquidación de los activos*

*del deudor*⁶⁵. No siendo ésta en algunos casos la mejor opción, ya que la empresa puede estar pasando por una crisis económica temporal, así como lo explica HUASCAR⁶⁶, por ejemplo, en el caso que el deudor solo tengo dos obligaciones impagas, es decir a dos deudores insatisfechos.

Si a ambos les debe un valor de S/80 soles, si los acreedores se deciden a liquidar, el valor resultante de esta sería S/100 soles, cobrando cada acreedor un valor de S/ 50 soles, viendo su cobro insatisfecho, debido a que optaron inexorablemente por la opción que les permitiría cobrar algo de sus acreencias a no cobrar nada aparentemente.

El procedimiento concursal al ser un procedimiento excepcional, ya que no hace valer el derecho de manera independiente de los acreedores, sino de una manera conjunta, buscando velar por los intereses de todos y cada uno de ellos. Abriendo el panorama a los acreedores, mostrándole tal vez una mejor opción, si seguimos con el ejemplo dado por el autor, mediante el procedimiento podrán conocer que la empresa solo atraviesa una crisis temporal y que tendrían un mejor beneficio con el negocio en marcha. Ya que si tuvieran como resultado del negocio en marcha un valor de S/ 200 soles, en donde cada acreedor cobraría en total de sus acreencias y teniendo un remante de S/40 soles, lo cual resultó beneficioso tanto para los acreedores como para el deudor.

Esto es lo que permite este procedimiento excepcional, proteger el total del patrimonio del deudor concursado, velando por los intereses del concurso mediante la conformación de una Junta de acreedores, donde los acreedores en conjunto optaran por la decisión más beneficiosa, reduciendo los costos que resultarían de las transacciones, evitando tales pérdidas sociales.

⁶⁵ Cfr. EZCURRA RIVERO, Huáscar. Op. Cit., p. 161.

⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 162-165.

1.4.2. Es un procedimiento privatista

Esta característica se incluyó en la modificación que se realizó a la Ley de Quiebras, mediante la Ley de Reestructuración Empresarial, siendo una de las características más importantes que se incorporó en esta modificación.

La privatización de los acuerdos empresariales, tiene como finalidad que la decisión sobre el destino del deudor quedase en manos del colectivo de acreedores, que como se mencionó anteriormente unidos en una Junta de Acreedores optaran por lo más beneficioso para el colectivo.

Mediante esta incorporación se da la facilidad de resolver los problemas económicos por los cuales atraviesa la empresa, tornándolas viables en un marco de participación tanto los acreedores como el deudor⁶⁷, decisiones que se tomaran en Junta de Acreedores. Sin embargo, se debe señalar que si bien es cierto que la decisión de la empresa queda en manos de los acreedores unidos en Junta, se le da la opción al deudor de participar de esta Junta pero su opinión no será tomada en cuenta como obligatoria, ya que podrá ser acogida en tanto los acreedores consideren que es relevante para el beneficio en conjunto sino quedara en una simple opinión. Entonces son los acreedores reunidos en Junta, quienes deberán tomar la decisión sobre el reordenamiento o salida del mercado de la empresa en concurso, pero claro está, bajo la supervisión de la Autoridad administrativa, en este caso, INDECOPI.

1.4.3. Es un proceso desjudicializado

Esta característica es la segunda más importante que se incorporó en la modificación mencionada en la característica anterior, debido a que antes de la modificación, en la Ley de Quiebras, el proceso concursal estaba a cargo de la autoridad judicial, y era éste junto con la participación del síndico, fueron quienes tomaban las decisiones transcendentales.

⁶⁷ MERMA MOLINA, Guido. Op. Cit., p.10.

La Ley de Reestructuración Empresarial desjudicializó el procedimiento concursal, encomendando a una instancia administrativa el manejo de los procedimientos, siendo la instancia administrativa, el INDECOPI, mediante la Comisión de Procedimientos Concursales. Y fue desde dicha incorporación, que el procedimiento concursal quedó en manos de la autoridad administrativa. A partir de la Ley de Reestructuración Empresarial. *“el concurso dejó de ser exclusivamente un asunto de administrar la quiebra de los deudores a través de la liquidación de sus bienes por un funcionario designado por el Juez”*⁶⁸.

Como se explicó en los antecedentes del Sistema, es mediante la Ley mencionada en el párrafo precedente que se cambia el concepto del Sistema Concursal como se conocía, debido a que, en la Ley de Quiebra la decisión de la empresa estaba en manos del Juez, quien decidía la mejor opción para ella, las cuales no eran muy amplias, porque solo se podía liquidar la empresa o no. Con el cambio del Sistema Concursal este se convierte:

“En un instrumento legal de tratamiento de crisis empresariales de insolvencia orientados a promover la reestructuración de empresas viables, pasando a ser ahora los acreedores los actores protagónicos del proceso al otorgarles a ellos la facultad de tomar las decisiones sobre el destino y gestión del patrimonio concursado” ⁶⁹.

En mayo de 2014 se promulgó la Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos, es desde la entrada en vigencia de esta Ley que el Poder Judicial vuelve a tomar un papel en el procedimiento concursal, no siendo el centro del procedimiento como lo era en la Ley de Quiebras, pero sí un papel secundario al momento de ordenar el ingreso del deudor al concurso. Es mediante esta la Ley del Registro de Deudores Judiciales Morosos, que se hace referencia a una liquidación directa en sentido estricto del deudor, mediante resolución judicial, en la cual se le imponía el cumplimiento de obligaciones frente a un acreedor y, no habiendo éste acatado el mandato judicial, el juez solicitaría que dentro del quinto

⁶⁸ BIANCHINI AYESTA, Aldo. El Desapoderamiento inmediato del Deudor Concursado. Tesis para obtener el grado de Magister, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 20.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 20.

día señale sus bienes libres de gravamen para la respectiva ejecución judicial. De lo contrario, la autoridad judicial declarararía la disolución y, liquidación del patrimonio del deudor, por lo cual el juez remitiría de oficio los actuados a la autoridad concursal para que esta publique la disolución y liquidación del deudor concursado⁷⁰.

Llegando a saturar a la Autoridad Administrativa de procedimientos iniciados por mandato judicial *“convirtiéndose la autoridad concursal peruana, en una que acumula carga procesal con estos casos”*⁷¹, lo cual consideramos particularmente que desnaturaliza la función del INDECOPI, ya que se convirtió en un apoyo o la mano operativa del Poder Judicial. Es mediante este encargo por parte del Poder Judicial se:

*“desvían recursos humanos y económicos para administrar procedimientos de liquidación de personas naturales absurdos en su gran mayoría y sin una real finalidad concursal, lo cual entendemos es probable que desmotive también a quienes trabajan estos casos desde la autoridad concursal”*⁷².

Con esta Ley se puede entender que la autoridad concursal realizaba una función de cobro al final del procedimiento judicial, lo cual desnaturaliza sus funcione. Pudiéndose afirmar que con la eliminación de esta Ley, el Sistema Concursal puede lograr cumplir los objetivos para la cual fue creada.

1.5. Sujetos comprendidos en los procedimientos concursales

En efecto, podemos extraer que el Sistema Concursal busca generar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo más favorable.

⁷⁰ LIZÁRRAGA VERA - PORTOCARRERO, Anthony. “Comentario a la reciente modificación de la Ley General del Sistema Concursal. Cuando el tiempo pone las cosas en su lugar”, Op. Cit., p. 138.

⁷¹ Ibíd., p. 138.

⁷² Ibíd., p. 138.

En todo procedimiento concursal intervienen varios sujetos, quienes actúan dentro del mismo por encontrarse en situación de concurso, siendo estos los deudores concursados, y aquellos que de alguna manera se ven afectados- los acreedores, que buscan mediante el concurso la protección de su acreencia de manera adecuada. Pudiendo iniciar el procedimiento concursal el mismo deudor o el acreedor, teniendo cada tipo de solicitud del mismo deudor, teniendo cada tipo de solicitud diferentes requisitos que cumplir a fin de poder acogerse a los procedimientos concursales.

Una de las circunstancias que motiva al deudor a solicitar el concurso, podría ser, para no ver afectado su patrimonio debido a que es consciente de que la empresa se encuentra en circunstancias difíciles de afrontar, y busca ayuda de la autoridad administrativa, para solucionar esos problemas, ingresando al concurso por solicitud del mismo. Asimismo, las situaciones que motivan al acreedor, es encontrar la posibilidad de cobro de lo que el deudor le adeuda, mediante la apertura del concurso.

Estas maneras de ingresar al proceso concursal, serán explicadas y detalladas más adelante, ahora explicaremos quienes son los sujetos comprendidos en el proceso concursal.

1.5.1. Definición de deudor según la normativa concursal

La Ley Concursal ha sido modificada con el transcurrir del tiempo, y con ello también el concepto de deudor, pasaremos a explicar cómo se definió al deudor en cada modificación de la Ley Concursal.

La Ley N° 7566, denominada Ley de Quiebras, no estableció un concepto preciso de lo que se debería entender por deudor, solo se incluyó en el Artículo 1°, que se realizará un procedimiento para una persona natural y jurídica, sea o no comerciante⁷³. El procedimiento de quiebra *“se configuraba en el momento en que*

⁷³ De conformidad con el artículo 1º de la Ley de Quiebras.- *“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no*

*el deudor no cumplía con ciertas obligaciones en un momento determinado, aunque sus activos superasen sus pasivos*⁷⁴, pudiendo concluir que se consideraba deudor, a la persona natural o jurídica, sea este comerciante o no, que por un determinado tiempo no cumplía con sus obligaciones.

Por su parte la Ley que la modifica, el Decreto Ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, modificó y se señaló de manera explícita lo que se entendía por deudor, ya que se incorpora al concepto de deudores a las empresas. Al igual que la Ley anterior no estableció el concepto de deudor, pero se puede extraer de lo establecido en el Artículo 1º, pues se hizo referencia que dicha Ley es aplicable a las empresas, entendiéndose a estas, como las establecidas o constituidas en el país y a su vez estableciendo que entidades no le son aplicables las normas de la presente Ley⁷⁵.

En la Ley de Reestructuración Patrimonial, ya se establecieron definiciones exactas, de lo que se debía entender por cada término en el uso y aplicación de la presente Ley, pero al igual que las leyes anteriores, aun no hay una definición exacta de lo que debió entenderse por deudor. Lo que sí se estableció en dicha Ley, es la definición de empresa, siendo esta identificada como deudor, ya que de la extracción del artículo 2º, en donde se establece el ámbito de aplicación de la norma, se hace mención que *“la presente Ley se aplicará a la reestructuración económica y financiera, disolución y liquidación, y quiebra de las empresas, así como los mecanismos para la reprogramación global de obligaciones contraídas con anterioridad al estado de insolvencia”*⁷⁶. Sabiendo que el proceso concursal

comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”.

⁷⁴ Cfr. FLINT, Pinkas. *Tratado del derecho concursal*, Op.cit., p.4.

⁷⁵ Como es de apreciarse en el artículo 1º de la Ley de Reestructuración Empresarial.- *“El presente Decreto Ley establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran empresas las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional. No están comprendidas en el presente Decreto Ley las entidades sujetas a la supervisión de las Superintendencias de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones, que se regirán por las leyes que las regulan”.*

⁷⁶ Ley de Reestructuración Patrimonial, Artículo 1º, definiciones: Empresa.- Toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios, establecida de hecho o constituida en el país al

tiene como finalidad la reestructuración o liquidación de las empresas, siendo lo más beneficioso para ellas, se entenderá como deudores a las empresas en general.

Por último, la Ley General del Sistema Concursal, al igual que su antecesora, contiene un artículo para referirse a las definiciones que se usaran o deberán tenerse en cuenta para la aplicación de la norma, la diferencia entre ambas, es que la vigente Ley si establece una definición exacta de lo que deberá entenderse por deudor. Es así que deberá entenderse por deudor a la persona natural o jurídica, sociedades conyugales y sucesiones indivisas, incluyéndose a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.

Como lo explica LIZÁGARRA⁷⁷, se entenderá como deudor susceptible de ser sometido a proceso concursal solo a aquellos mencionados anteriormente, pero además de ello que realicen actividad empresarial. Entendiéndose como actividad empresarial como la misma Ley lo establece “*actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajos, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios*”⁷⁸.

1.5.2. Definición de acreedor según la normativa concursal

A diferencia de lo que sucede en el caso del deudor, la definición o lo que en su aplicación práctica se trató de entender entorno a ese término, y lo cual fue modificado con cada una de las leyes concursales. El concepto de acreedor siempre fue el mismo, comenzando por la Ley de Quiebras, en donde éste podría iniciar el procedimiento ante el Juez sin mayor alcance.

amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.

⁷⁷ Cfr. LIZÁRAGA VERA - PORTOCARRERO, Anthony. Comentario a la reciente modificación de la Ley General del Sistema Concursal. Cuando el tiempo pone las cosas en su lugar. Op.cit., p. 137.

⁷⁸ Artículo 1º Glosario (...) f) Actividad Empresarial, establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

Tanto en la Ley de Reestructuración Empresarial como Patrimonial, solo se limitó a definir como acreedor a aquel cuyo crédito exigible se encuentra vencido por un plazo de 30 días naturales, es en la vigente Ley.

En la Ley General del Sistema Concursal, que se define con exactitud lo que deberá entenderse para el caso de acreedor *“persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito”*⁷⁹.

Para la doctrina argentina se definen a los acreedores como *“parte en el juicio de convocatoria, pues hacen valer sus créditos, sus pretensiones, y se dice que son parte individualmente considerados”*⁸⁰. Entonces se puede entender que los acreedores son los titulares del proceso concursal, son los que tomarán las decisiones sobre la empresa insolvente, son en sentido jurídico y económico los destinatarios del proceso, los que desearan que el proceso se lleve de una manera regular y legítima para no ver afectado su derecho, ni de manera individual ni colectiva.

1.6. Los principios generales del Sistema Concursal

Con la última modificación a la Ley Concursal, también se incorporan principios importantes que antes no se consideraban. Dentro de tales principios podemos citar los establecidos en el Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal.

1.6.1. El principio de Universalidad

Está establecido en el Artículo IV del Título Preliminar, que el principio de universalidad se refiere a que los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la Ley.

⁷⁹ Artículo 1.- Glosario (...) d) Acreedor, establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

⁸⁰ Cfr. FLINT Pinkas. *Tratado del derecho concursal*, Op. Cit. p.93.

Al procedimiento concursal se le conoce como universal porque afecta todo el patrimonio del deudor, para satisfacer a los acreedores. En caso el deudor disponga de su patrimonio, aquel acto de disposición, sin perjuicio de su eventual eficacia entre las partes, resultara ineficaz frente a los acreedores, el acto resultará inoponible a los mencionados acreedores⁸¹.

La totalidad de patrimonio del deudor, se usara en beneficio de los acreedores, ya sea mediante una reestructuración, realizando actividad para recibir ganancias, o liquidándolos en caso no se puedan reestructurar. Carbonell O'Brien señala la importancia del principio de universalidad:

“constituye uno de los principios rectores de todo proceso concursal en la medida que no solo satisface el interés individual, sino también el interés de la comunidad en general, ya que mediante una sistematización normativa basada en los mismos, el Estado, mediante de lo posible el equilibrio económico jurídico alterado por la situación de quebranto del deudor común”⁸².

1.6.2. El principio de Colectividad

Al igual que el principio de universalidad, este principio también se ha mencionado en el Título Preliminar de la Ley, en el Artículo V, el cual hace referencia a que los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

Como ya se mencionó anteriormente, este proceso, tiene como finalidad velar por la protección del interés colectivo, es por ello, que este procedimiento también es considerado excepcional, pues a diferencia de los mecanismos individuales, por

⁸¹ Ibíd., p.101.

⁸² AGUIRRE MORENO, Karla Alexandra. “La relación que existía entre la prenda global y flotante de la Ley de Banca y el principio de universalidad de la Ley General del Sistema Concursal: derogación de las garantías”, *Actualidad Mercantil*, N° 286, Setiembre 2017, p. 196.

ejemplo, los acreedores tienen la posibilidad de ejecutar su garantía o embargar el activo del deudor, es por este procedimiento, que los acreedores dejan su acción individual de lado por la acción colectiva, y es por ello que, se reúnen en Junta para optar por la mejor decisión para todos.

Para PINKAS FLINT⁸³, los procesos concursales persiguen la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados, priorizando el interés colectivo de la masa de acreedores antes que el interés individual de cobro de cada acreedor. Por otra parte ECHEANDÍA⁸⁴, sostiene que el mencionado principio está referido precisamente a la naturaleza misma de los procesos concursales, es decir, a la concursalidad como elemento característico y necesario. Es la intervención en el proceso de todos los acreedores a quienes alcanza la aplicación del principio de universalidad.

1.6.3. El principio de Proporcionalidad

Este principio, es establecido como último principio de los recogidos en el Título Preliminar de la Ley vigente, establecido en el Artículo IV, mediante el cual los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales. Ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la presente Ley.

El autor PINKAS FLINT considera que este principio es aquel por el cual los acreedores tienen derecho de participar equitativamente de las ganancias y pérdidas resultantes de los procesos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio créditos contraídos⁸⁵. Encontrándose aquí también el principio de equidad, en donde los acreedores internalizan la crisis del deudor y distribuyen las pérdidas del concursado de manera eficiente⁸⁶.

⁸³ FLINT Pinkas. *Tratado del derecho concursal*. Op. Cit., p. 101.

⁸⁴ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Ineficacia de actos en el “periodo de sospecha”: Buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado. Op. Cit., p. 37.

⁸⁵ FLINT, Pinkas. *Eficiencia Y Racionabilidad en el Sistema Concursal. El Caso Peruano*, Op. Cit., p. 102

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 102.

1.7. Los procesos concursales en el Sistema Concursal Peruano

La Ley General del Sistema Concursal regula dos tipos de procedimientos concursales, el procedimiento concursal ordinario y el procedimiento concursal preventivo, cada uno de los cuales buscan finalidades distintas y poseen sus propias reglas.

El procedimiento preventivo que se origina exclusivamente a solicitud del deudor ante la autoridad administrativa, el cual se solicita como un procedimiento anticipado a la crisis y se da por medio de un Acuerdo Global de Refinanciación. Por su parte, el procedimiento ordinario tiene como finalidad afrontar situaciones de crisis que se han manifestado, que pueden ser iniciados por los acreedores como por el deudor teniendo una doble manera de culminar mediante un acuerdo de Reestructuración o por un Acuerdo de Disolución y Liquidación. Lo cual será explicado con mayor detalle a continuación:

1.7.1. Procedimiento concursal ordinario

En el artículo 23° de la Ley General del Sistema Concursal, se establece que el Procedimiento Concursal Ordinario podrá ser iniciado por el propio deudor o por sus acreedores, y para el inicio de este procedimiento se deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley.

El procedimiento concursal ordinario en sus dos vías de Reestructuración o Liquidación, tiene una regulación más amplia y constituye el marco subsidiario del Concurso Preventivo, regulado en último término, pero como se observa en la realidad de preferente trámite⁸⁷.

⁸⁷ CARBONELL O'BRIEN Esteban. "El Novísimo Sistema Peruano en el Nuevo Mundo Concursal", *Derecho & Sociedad*. Número 32, 2009, p. 281.

A. Iniciado a pedido del deudor

Como lo mencionamos con anterioridad, para poder acogerse a algún tipo de procedimiento, a solicitud de cualquiera de los intervinientes se deberá seguir ciertos requisitos y deberá encontrarse en alguna de las situaciones que se mencionaran a continuación.

En primer lugar, la empresa debe tener más de un tercio del total de sus obligaciones vencidas e impagas por un período mayor a treinta días calendario; y que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado, además el deudor deberá señalar si desea acceder a una reestructuración o una liquidación.

Para acceder a la reestructuración, el deudor debe presentar un informe suscrito por su representante legal y por contador público colegiado, y que acredite que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado. El deudor también especificará los mecanismos y requerimientos necesarios para hacer viable su reflotamiento, y presentará una proyección preliminar de sus resultados y flujo de caja por un período de dos años. En el caso de no encontrarse en el supuesto mencionado, el deudor sólo podrá solicitar su disolución y liquidación, la que se declarará con la resolución que declara la situación de concurso del deudor.

B. Iniciado a pedido del acreedor

En el concurso ordinario, también procede el inicio a solicitud de los acreedores, así como lo establece la Ley en el artículo 26, la solicitud de acreedores, ya sea una o varios, debiendo acreditar que tienen sus créditos vencidos, y que estos no hayan sido pagados dentro de los 30 días siguientes a su vencimiento, asimismo que éstos en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación.

El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado al deudor, no impedirá la continuación del procedimiento. El deudor una vez emplazado tendrá las siguientes opciones: (i) pagar el crédito impago o bien consignar su monto; (ii) ofrecer pagar, en cuyo caso el acreedor tiene diez días para dar conformidad considerándose el silencio como aceptación; (iii) negar la existencia de la deuda; (iv) allanarse a la pretensión. En todos estos casos la Comisión dará traslado al acreedor y luego deberá pronunciarse⁸⁸.

En caso el deudor reconozca el crédito y decida pagarlo en su totalidad, se dará la denegatoria del concurso y con ello, se concluirá el proceso, pero en los casos, en que el pago sea parcial, el deudor se oponga y ésta oposición sea declarada infundada, se allane o no dice nada al respecto, se continuara el proceso.

1.7.2. Procedimiento concursal preventivo

Hay que mencionar además, que en el Perú existe un procedimiento de anticipación de crisis llamado procedimiento concursal anticipado, el cual es solicitado exclusivamente por el deudor ante la autoridad administrativa.

Está establecido en el artículo 103° de la vigente Ley, que cualquier deudor podría solicitar el inicio del procedimiento, adjuntando la solicitud de apertura del proceso con los siguientes documentos: un resumen ejecutivo fundamentado el inicio del procedimiento, la viabilidad de sus actividades y los medios para solventar las obligaciones adeudadas. La autoridad concursal luego de la constatación pertinente, admite a trámite la solicitud acogiendo a Concurso Preventivo al deudor y disponiendo la publicación del concurso, con el fin de recabar las solicitudes de reconocimiento de créditos. En esta instancia la persona acogida goza de protección patrimonial y se suspende la exigibilidad de sus obligaciones⁸⁹.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 282.

⁸⁹ DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. "La Unión Hace la fuerza: Reflexiones en torno a la Unificación de los Procesos Concursales", *Derecho & Sociedad*, Numero 16, 2011, p. 158.

El autor SABAL, sostiene que detectar y aceptar la inminencia de una crisis financiera mucho antes de que estalle puede marcar la diferencia entre el éxito y el fracaso, es habitual que la dirección de la empresa espere excesivo tiempo antes de reconocer la inminencia de la crisis hasta que los pagos a los proveedores y a los acreedores se atrase por falta de liquidez⁹⁰.

Estamos de acuerdo con lo establecido por el autor debido a que reconocer la crisis antes de que ésta estalle, es un gran paso que el deudor podría tomar para evitar la situación, en que la empresa no pueda solventar sus deudas si continua funcionando, así que solo queda la opción de liquidarla.

Ese es el gran problema, la manera en cómo se llega al concurso, más adelante se explicará el porcentaje de empresas que se acogen a este procedimiento, y se verá que es muy minúsculo, el problema del empresario de no darse cuenta de la crisis a tiempo, y eso lleva a la consecuencia que el recurso sea muy escaso, el cual debe hacer frente a un gran número de acreedores, y es por ello que se está en imposibilidad de satisfacer a todos.

⁹⁰ PUELLES OLIVERA, Luis y DE LA PUENTE SALDOVAL, Carlos. Op.cit., p. 321.

CAPÍTULO 2

CRISIS EMPRESARIAL Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO

Como lo hemos mencionado en reiteradas oportunidades en el capítulo anterior, el Sistema Concursal surge de un contexto jurídico en particular, encontrándose el deudor en una situación de crisis en sus relaciones económicas, patrimoniales, financieras, y aunado a ello, la concurrencia de acreedores que requieren el cumplimiento de las obligaciones a cargo éste. Por tanto, en el presente capítulo, analizaremos el concepto de la mencionada y temida crisis empresarial, sus causas y etapas, asimismo, realizaremos un análisis sucinto del Concurso Preventivo, por ser éste el tema central de la investigación, y por considerar que el concurso en mención, es la alternativa idónea para que la empresa pueda prevenir o minimizar de manera efectiva los indicios de crisis.

2.1. Crisis Empresarial

Es necesario recordar que el deudor es toda persona natural o jurídica que es susceptible de ser sometido proceso concursal, además de ello, lo particular es que este deudor esté atravesando una situación de insolvencia o crisis, es decir, que atraviesa un escenario que interrumpe el estado normal de una empresa y su giro del negocio. Una crisis no puede ser una parte normal de dicho proceso, es un estado diferente, pero no necesariamente todas las crisis acarrearán una catástrofe.

2.1.1. Concepto de Crisis Empresarial

Así pues, podemos definir a la crisis empresarial como *“un acontecimiento con resultados potencialmente negativos para una organización, así como para sus públicos, productos, servicios o viene. Interrumpe el flujo normal de las negociaciones empresariales y en ocasiones puede dañar su misma existencia”*⁹¹. Cabe precisar que, una crisis empresarial no solo afecta el funcionamiento de la empresa como organización, sino también a los trabajadores que laboran en ella, a los proveedores que ven en ella un punto importante de venta, a los consumidores, que consideran a ésta como una opción más para escoger en el mercado. Pues, como lo hemos mencionado, las empresas son parte importante en la economía de un país.

Continuando con el concepto de crisis, ésta puede ser definida como:

*“un estado temporal de trastorno y desorganización, caracterizado- principalmente- por la incapacidad del individuo para abordar las situaciones particulares utilizando métodos acostumbrado para la solución de problemas, y por el potencial para obtener un resultado radicalmente positivo o negativo caracterizado por excesivos costos de financiamiento, de gastos operativos, la inmovilización del patrimonio y en muchos casos la falta de una lectura adecuada del rumbo de la economía a los efectos de adaptar la mecánica de la empresa en los nuevos desafíos, todo ello producto de los errores de dirección, estrategia y administración de la empresa”*⁹²

Además, en el ámbito empresarial es definida como *“un momento de verdad en cuanto a la gestión empresarial se refiere, ya que es en ella en la que unos se*

⁹¹ CRUZ SANDOVAL, Judith. *La crisis y su influencia en las estrategias de comunicación organizacional*, Tesis para optar el grado de doctor, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p.167

⁹² OLGA MARTIN, Nélida. *La Crisis Empresarial y los Regímenes de Responsabilidad*, Tesis para optar el título especializado en sindicatura concursal, Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, 2004, p.2.

*consolidan y otros desaparecen, independiente de la duración de la misma*⁹³. Aunado a ello, es posible definir la crisis como: *“una interrupción significativa que tiene como resultado una cobertura extensa de los medios de comunicación y el escrutinio público”*⁹⁴.

En síntesis, podemos definir la crisis como una situación diferente a la ordinaria, es por ello que, al desarrollar las características del Sistema Concursal, se señaló que dicho Sistema, es un procedimiento mediante el cual se hace frente a situaciones de insolvencia o crisis, situaciones excepcionales, es decir, escenarios que no deberían ser comunes u ordinarias, pues en un escenario ordinario bastaría con acudir al Poder Judicial o a una vía de solución alterna para lidiar con la situación mencionada. A continuación, analizaremos que circunstancias puede desencadenar u originar una crisis:

2.1.2. Causas Originarias de la Crisis Empresarial

Una situación de crisis, como lo hemos venido señalando es una dificultad por la que atraviesan las empresas y pueden ser originadas por diversos factores, pudiendo ser externos o internos, los cuales pueden involucrar pérdidas sustanciales para la organización.

Por un lado, tenemos las causas de origen externo, las cuales se dividen en dos, las originadas por el mercado o las originadas por el entorno económico, social y político, pudiendo ser en el primero caso, la competencia excesiva o la fuerte caída de la demanda en el mercado, y en el segundo, la crisis sobrevenida (crisis global o local), o la política económica del gobierno. Por otro lado, en lo referente a las causas internas, éstas pueden ser originadas por la ineficacia del directorio, gerencia u órgano encargado, estrategias erróneas o inadecuadas, inversiones improductivas, excesivo endeudamiento, y un sinnúmero de causas⁹⁵.

⁹³ FIELD MARINÑO, Andrés Felipe. *La alta gerencia aplicada a la crisis empresariales*, Monografía para obtener el grado, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, p6.

⁹⁴ CRUZ SANDOVAL, Judith. Op. cit., p 173.

⁹⁵ DÍAZ INCHICAQUI, Miguel N. “Crisis y reestructuración empresarial”, *UNMSM Revistas*, Lima, Marzo 2014, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p.48.

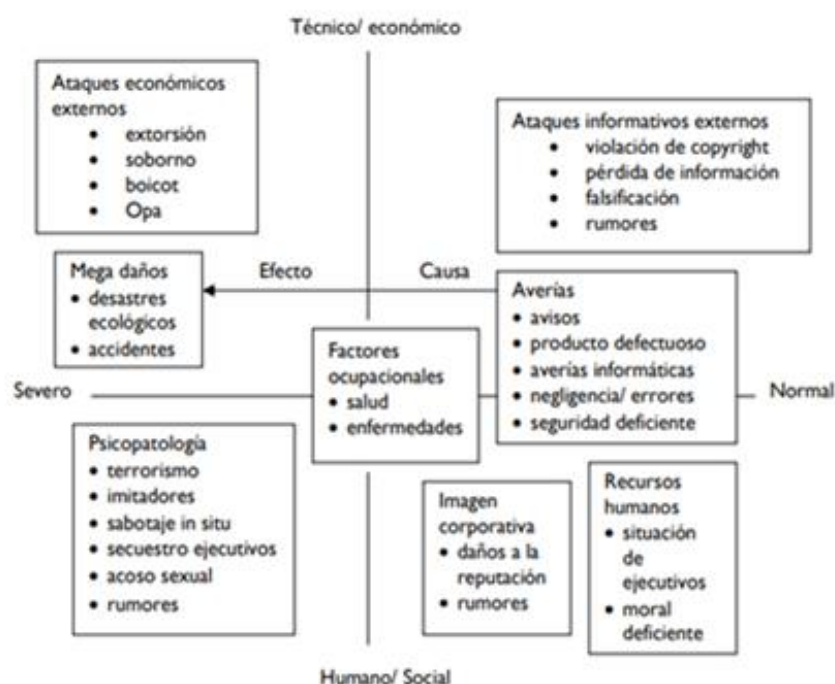
Asimismo, entre los aspectos internos se pueden subdividir en la propiedad o control de la empresa, además la administración, afectando la planificación, la producción de bienes o servicios y los recursos humanos y científicos que se vinculan a la empresa. En otras palabras el aspecto interno concierne al manejo directo de la empresa y su organización. A contrario sensu, tenemos que, si el aspecto interno depende del manejo y organización de la empresa, el aspecto externo es originado por factores que no están en manos de los órganos empresariales, y que a pesar de intentar prevenir dichas situaciones, en muchos casos es inevitable, pues son situaciones inesperadas, como la recesión o la depresión como etapas de los ciclos económicos, son aspectos que afecta a la sociedad en su totalidad⁹⁶.

La siguiente agrupación, desarrolla de una manera muy clara y precisa que aspectos son esencialmente técnicos o económicos en su origen y aquellos que son básicamente humanas y sociales⁹⁷.

⁹⁶ ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. "La crisis de la empresa", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 3, 2002, p.1.

⁹⁷ CRUZ SANDOVAL, Judith. Op. cit., p.175

Gráfica 1: Aspectos técnicos y económicos que originan la crisis, con intervención humana y social.



Fuente: CRUZ SANDOVAL, Judith. *La crisis y su influencia en las estrategias de comunicación organizacional*, Tesis para optar el grado de doctor, Bellaterra, Universidad Autònoma de Barcelona, 2004, p. 175.

Como bien, lo señala la autora, la crisis puede ser generada por una causa o por dos, simultáneamente, asimismo, una causa puede tener como efecto otra causa, ocasionándose con ello, una crisis originada por causas en cadena. Además, se observa del gráfico, que las causas pueden ser clasificadas en normales y severas. La autora señala entre las causas normales, que nos hace suponer son más simples para encontrarles solución, a las situaciones técnicas como los ataques informáticos o las averías de diferentes situaciones o al recurso humano o la imagen de la corporación. Y entre las causas severas a los ataques económicos, megas daños o casos fortuitos, o psicopatologías⁹⁸.

Es preciso señalar que, como la autora lo ha explicado, una clasificación de causa externa con un factor humano que puede originar una crisis, son las psicopatologías, y menciona entre ellas al terrorismo, imitadores, sabotaje,

⁹⁸ Ibíd. p.173.

secuestros ejecutivos, etc. Siendo un ejemplo claro, el caso de nuestro país, que tuvo al terrorismo, como la causa principal que afectó al país y con ello a las empresas entre la década del noventa, pues como bien ha sido señalado, dicha causa es severa, viéndose con ello muchas empresas afectadas y hasta cerradas, por no poder revertir la crisis, ni mucho menos prevenir tal situación.

Otro punto importante de la crisis, al haberse tratado su origen, es analizar las etapas que atraviesa una empresa en dicho proceso, por tanto, se explicará a continuación las fases de la crisis:

2.1.3. Fases de la Crisis Empresarial

Para entender un poco las fases de la crisis empresarial, haremos una pequeña analogía con una situación usual en el ser humano. En primer lugar, es necesario entender que ante cualquier problema, circunstancia o dificultad, lo primero, que se debe observar para identificar si se está ante una crisis- en cualquier circunstancia de la vida y de cualquier índole- son **los síntomas**, por ejemplo, si nosotros nos sentimos cansados, con dolor de huesos, y estornudamos; es un indicio de que algo en nuestro organismo no está actuando como normalmente lo haría, de igual forma, sucede con la empresa, en una situación de crisis, se puede observar ciertos síntomas o indicios que dan a conocer la situación por la cual la empresa está atravesando, y que no es el ritmo normal, adecuado y del cual se esté acostumbrado en la organización, por ejemplo, se puede presentar una reducción súbita de las ventas y con ello, acumulación de inventarios, asimismo, podría darse el caso, que la inversión realizada, no esté resultando como se esperaba, además de ello, otros síntomas típicos pueden ser: la falta de liquidez, aumento de los costos, reducción de productividad, incremento de gastos operativos, alta rotación de personal, aumento de las devoluciones, aumento de la cartera vencidas, incremento de las mermas y desperdicios, conflictos laborales, contingencias o incremento de las tensiones laborales, entre otros⁹⁹.

⁹⁹ FIELD MARIÑO, Andrés Felipe. Op. cit., p.7.

En esta etapa, la dirección o el órgano de control de la empresa debe actuar de manera precisa y adecuada, evaluando si se trata de un obstáculo o se trata de los primeros síntomas de una regresión. Lo que, usualmente ocurre, es que las señales antes mencionadas no son alertas dejándose pasar, no se adoptan las medidas necesarios, pues consideramos, que el empresario se resiste a aceptar la situación que se está gestando¹⁰⁰.

Cuando los síntomas mencionados líneas arribas, se vuelven constante o el periodo de recupero se vuelve más largo, se está entrando a la fase de ***intensificación del problema***, en esta etapa se suele acrecentar el problema, pues la empresa tiene que mantener el flujo de efectivo adecuado a las operaciones de la empresa. Lo que ocurre, usualmente es que no se alertó o se tomó adecuadamente los síntomas que mostraba el curso de la empresa, y en caso se haya alertado, no se identifica el problema real, y no se da la solución adecuada.

Continuando con las fases de la crisis, la última se denomina ***incapacidad de la gerencia para afrontar el deterioro de la empresa***, al no haberse tomado la decisión correcta al primer indicio, volviendo a la analogía mencionada, si una persona está con gripe, encontrándose con los síntomas usuales como lo son el estornudo, fiebre, malestar, lo recomendado al identificarse el problema es tomar un analgésico y solucionándose de esa manera la enfermedad. Pero, eso no ocurre en la identificación de la crisis empresarial, ocurriendo dos cosas diferentes, se identifica mal el problema originario o se actúa muy tarde. Volviendo a la analogía, pues la persona está con gripe no se le podría dar una amoxicilina, pues ayudaría a quitar la fiebre pero no atacaría el problema original, que es la infección a la garganta, y en caso de no actuarse, podría ocasionar una sinusitis. Si consideramos ese el mismo contexto sucede en una crisis empresarial, nos daríamos cuenta, que la solución de identificar adecuadamente el problema y atacarlo desde que se origina, es tan sencillo como, tomar un “antigripal”, pero como lo hemos mencionado eso no sucede en la mayoría de casos. Al dejar pasar los síntomas, se pretende dar solución cuando es muy tarde o con la

¹⁰⁰ DÍAZ INCHICAQUI, Miguel N. Op. cit., p.50.

medida inadecuada, habiéndose deteriorado enormemente la situación del negocio, quedando en estos casos, acogerse a la protección del Sistema Concursal y escoger el procedimiento acorde a la situación¹⁰¹.

Muchas empresas son creadas diariamente, y debido a las situaciones mencionas, realmente son muy pocas las que logran mantenerse y ser competitivas en el mercado, esta situación no es ajena a nuestro país, son muchas empresas que transitan por las tres etapas, terminando por acogerse al Sistema Concursal, como última alternativa, pues se encuentran en situación de insolvencia o crisis, con infinidad de acreedores solicitando el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

A continuación, para conocer más a fondo las crisis empresariales, es necesario recurrir a estudios estadísticos, con la finalidad de conocer en primer lugar, la demografía empresarial entre el año 2016 – 2018 en el Perú, y en segundo lugar, para mostrar en ese periodo cuantas de las empresas existentes en el Perú ingresan a procedimiento concursal.

2.1.4. Estadísticas de cuantas empresas acuden al Procedimiento Concursal

Previamente a la muestra de empresas inmersas en procedimiento concursal, observaremos cuanta es la demografía empresarial en el Perú del 2016 – 2018, según el Informe Técnico N° 3 – Agosto 2018:

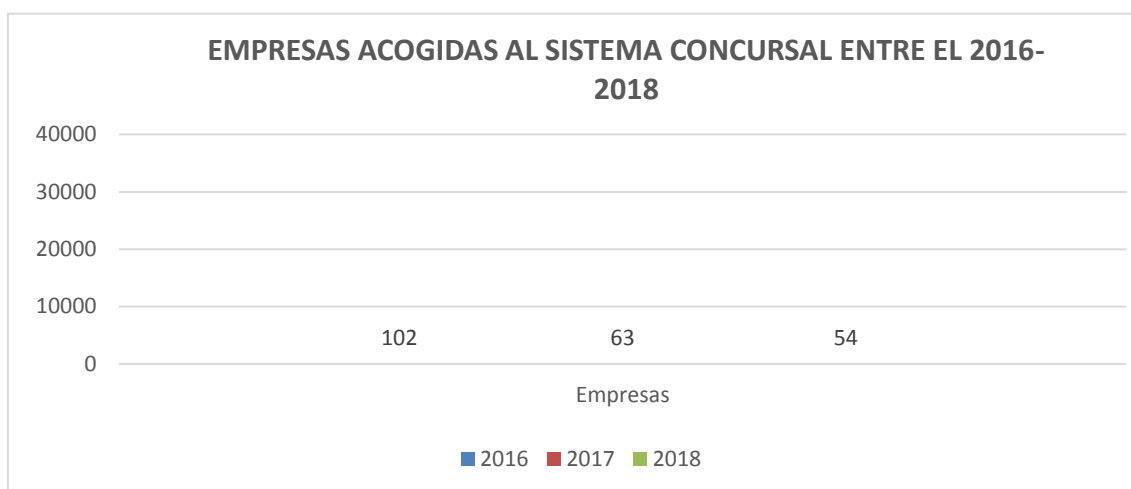
¹⁰¹ Ibíd, p. 51.

Gráfica 2: Demografía empresarial en el Perú entre los años 2016-2018.

Concepto	2016				2017				2018		Var. % II Trim. 2018/17
	I Trim	II Trim	III Trim	II Trim	I Trim	II Trim	III Trim	II Trim	I Trim	II Trim	
Stock al inicio del periodo	2 042 992	2 084 725	2 085 499	2 108 295	2 124 280	2 177 500	2 216 081	2 258 741	2 303 511	2 332 218	7,1
Altas 1/	63 658	63 940	70 390	64 849	68 746	67 976	78 754	68 416	66 067	63 748	-6,2
Bajas 2/	-47 097	-47 391	-46 740	-49 588	-26 590	-39 322	-47 506	-34 718	-37 449	-27 711	-29,5
Otros Ingresos y salidas 3/	25 172	-15 775	-854	724	11 064	9 927	11 412	11 072	89	11 190	-
Variación neta 4/	16 561	16 549	23 650	15 261	42 156	28 654	31 248	33 698	28 618	36 037	-
Stock al final del periodo	2 084 725	2 085 499	2 108 295	2 124 280	2 177 500	2 216 081	2 258 741	2 303 511	2 332 218	2 379 445	7,4
Tasa de altas (%) 5/	3,1	3,1	3,3	3,1	3,2	3,1	3,5	3,0	2,8	2,7	-
Tasa de bajas (%) 6/	2,3	2,3	2,2	2,3	1,2	1,8	2,1	1,5	1,6	1,2	-
Tasa neta 7/	0,8	0,8	1,1	0,7	1,9	1,3	1,4	1,5	1,2	1,5	-

El Perú concentra como variación neta para fin del año 2016, según se observa del gráfico realizado por el INEI, la cantidad de 15,261 empresas; en el año 2017 en el último trimestre, una cantidad de 33,698 empresas, por último, para el segundo trimestre del año 2018- tomando ese dato por ser el último trimestre censado- una cantidad de 36,037 empresas. Ahora bien, corresponde apreciar cuantas empresas se han incorporado a procedimiento concursal:

Gráfica 3: Empresas acogidas al Sistema Concursal entre los años 2016 - 2018.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), órgano rector del Sistema Estadístico Nacional, pone a disposición de los usuarios el Boletín "Demografía Empresarial en el Perú: II Trimestre 2018".

Un dato interesante al realizar el análisis de la Gráfica No. 2, es en primer lugar, que las empresas acogidas al Sistema Concursal, son una cantidad insignificante en comparación a la cantidad de empresas que fueron cesadas, es decir, que se encuentran en actividad en esos años, en segundo lugar, otro dato interesante, es de observar que la cantidad de empresas acogidas ha ido disminuyendo con el transcurso de los años, pues como es de observarse en el año 2016 hubo una cantidad de 102 empresas acogidas al Sistema, para el año 2017, 63 empresas, casi la mitad del total acogidas en el año anterior, terminando con 54 empresas en el año 2018. Situación que nos hace pensar que aparentemente todo está marchando correctamente, es por ello que las empresas no necesitan la protección del Sistema Concursal. Gráfica No.2: Empresas acogidas a Proceso Concursal durante 2016-2018.

En dicho Sistema una protección real o eficiente, interrogantes que no podrán ser dilucidadas en el presente trabajo, debido a la extensión que eso acarrearía.

Sin perjuicio de las razones que conlleve que sea minúscula la cantidad de empresas que se acojan al Sistema, el Sistema Concursal, tiene variedad de opciones que puede brindar en caso sea necesario su protección, es por ello que,

hemos considerado entre los procedimientos que ofrece el Sistema, al Concurso Preventivo, como la alternativa correcta para prevenir la crisis, éste procedimiento fue mencionado de manera sucinta en el capítulo uno, habiéndose señalado que tiene como finalidad proteger el patrimonio de la empresa de una futura crisis, es decir, en su etapa inicial, o si se organiza de manera adecuada de una manera preventiva. Por las razones mencionadas, analizaremos el procedimiento preventivo, como la alternativa más eficaz que tiene el Sistema.

2.2. Procedimiento Concursal Preventivo

Por lo que se refiere a los procedimientos concursales recogidos en el Sistema Concursal Peruano, de manera puntual nos referimos al Procedimiento Concursal Ordinario y al Procedimiento Concursal Preventivo, teniendo cada uno de éstos finalidades distintas, regidos por sus propias reglas dentro de la misma normativa concursal. Siendo el primero de los citados, el procedimiento más usado, cabe precisar, que el procedimiento en mención puede ser iniciado a pedido de la parte deudora o por alguno de los acreedores y tiene como finalidad afrontar situaciones de crisis ya manifiestas. Por otro lado, con respecto al segundo de ellos, es iniciado solo a pedido del deudor y tiene por finalidad proteger el patrimonio de la empresa de una futura crisis.

El objetivo principal de este capítulo es el análisis del procedimiento concursal preventivo, en primer lugar explicaremos los antecedentes del Procedimiento Concursal Preventivo a lo largo de la historia del Derecho Concursal Peruano, asimismo, explicaremos de manera escueta el tratamiento que la normativa le dio en cada norma, por último, haremos una comparación de la aplicación de este procedimiento en otras legislaciones.

2.2.1. Antecedente del Procedimiento Concursal Preventivo

Comenzaremos explicando los antecedentes del Concurso Preventivo desde la primera Ley regulada por el Derecho Concursal Peruano, para conocer más a

detalle que procedimientos fueron recogidos y cuales otros han sido incorporados en el transcurso del Derecho Concursal Peruano.

Como ya ha sido explicado anteriormente, la Ley de Quiebras¹⁰², reguló un solo procedimiento, el cual se denominó juicio de quiebras, y tenía como finalidad, liquidar los bienes del deudor hasta la cancelación de sus deudas. Como sabemos, la Ley de Reestructuración Empresarial cambió radicalmente el concepto de Derecho Concursal, que hasta ese entonces se tuvo en el país. La ley en mención, le ofreció a los acreedores el uso de instrumentos tanto legales como financieros, con la finalidad de que generen y opten por reestructurar la empresa en tanto ésta presente viabilidad económica de su patrimonio.

En cuanto a los procedimientos regulados en dicha Ley, ésta al igual que la anterior reguló solo un procedimiento, siendo este el de la declaración de insolvencia, intentando con ello hacer prevalecer el principio de conservación de las empresas viables, pues, como ya se mencionó era una perspectiva diferente del Sistema, aunque con este procedimiento no se mostró plenamente la protección al patrimonio del deudor como los legisladores esperaron con la incorporación de este principio.

Consideramos que no se obtuvo los resultados ni el éxito deseado, debido al cambio radical que se generó en el Sistema Concursal, es por ello que con la siguiente modificatoria, se debió, afinar algunos conceptos e instituciones, permitiendo a los agentes del mercado ver una posibilidad concreta de solucionar la crisis, para revelar de manera absoluta la conservación empresarial. Lo cual no se pudo con la ley en mención.

En razón de ello se promulgó la Ley de Reestructuración Patrimonial, teniendo como objetivo mejorar esas deficiencias advertidas en la Ley anterior, y dar a conocer que *“el procedimiento de insolvencia no es una sanción a la empresa insolvente, sino una apertura a un marco de negociación que permita corregir la*

¹⁰² Vigente desde 1932 hasta 1992.

*crisis de la empresa entendida como una segunda oportunidad al patrimonio en dificultades económicas*¹⁰³.

Asimismo, con dicha modificación se incorporó a la Ley de Reestructuración Patrimonial, dos procedimientos al único establecido en la Ley anterior, en aras de alcanzar la viabilidad deseada por el Sistema Concursal. Estos dos procedimientos incorporados son el procedimiento concursal preventivo y el procedimiento simplificado, en estos procedimientos no se requería acreditar situación excepcional alguna para el inicio de alguno de los procedimientos y la apertura del concurso¹⁰⁴, como si supuso el procedimiento de insolvencia.

Ahora bien, por ser el tema central de nuestra investigación, examinaremos el tema del procedimiento concursal preventivo, señalando en primer lugar que este procedimiento es una opción anticipada para aquellas empresas que atraviesan problemas económicos o de cualquier otra naturaleza, los cuales mediante una buena gestión podrían ser superados. Este procedimiento estuvo recogido en el Título IX, de la Ley de Reestructuración Patrimonial, estableciendo algunos requisitos para poder acogerse a dicho procedimiento además que se detallaba el desarrollo del mismo.

Previamente es de acotar, que la mayoría de empresas que se acogen al procedimiento de insolvencia, llegan en una situación de escases, debido a que acuden en un estado en donde el patrimonio (el cual será sometido a concurso) no es suficiente para cubrir la creciente demanda de acreedores, en consecuencia éstos últimos con el objeto de ver cubierta al menos parte de su acreencia deciden por la medida que da un resultado más concreto, siendo esta la disolución y liquidación.

Indiscutiblemente el patrimonio de la empresa que desea acceder a este procedimiento (procedimiento concursal preventivo) no es insuficiente, solo atraviesa ciertas dificultades, es decir hay escases, la empresa atraviesa por

¹⁰³ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Más vale prevenir que lamentar: la importancia del Concurso Preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. Op. Cit., p. 183.

¹⁰⁴ ECHEANDIA CHIAPE, Luis Francisco. Op. Cit. p. 202.

problemas económicos producto de invertir mucho más dinero del que calculó obtener ganancia, el volumen de ventas a disminuido en comparación de meses pasados, o muchos otros problemas que puede surgir por el mismo giro del negocio. Situaciones o dificultades que de ser solucionados a tiempo y mediante una buena gestión o revisión de los estados financieros, reportes especiales necesarios, podrían evitar el desencadenamiento de una crisis, pues, hay que hacer hincapié que en la crisis es casi imposible lidiar con ciertas situaciones por la insuficiencia del patrimonio.

Volviendo al tema central es por ello que, por medio del procedimiento concursal preventivo se busca que las empresas en caso de avizorar una crisis, tengan un patrimonio fortalecido y con ello hacer frente a las demandas de los acreedores. Además, este procedimiento se considera especial, y solo podrá ser iniciado por el deudor, es por ello que la norma en mención estableció¹⁰⁵ que cualquier persona ya sea natural o jurídica, que atravesase dificultades para poder realizar el pago oportuno de alguna de sus obligaciones, podrá acogerse a este procedimiento, pero ello no implica necesariamente una escasez patrimonial.

Uno de los requisitos que establece la norma para acogerse a este procedimiento es que el deudor que decida acceder a este procedimiento deberá adjuntar un Pre Acuerdo Global de Refinanciación el cual deberá haberse celebrado con más del 50% de los representantes de las deudas generadas, y así ser presentado ante la comisión.

Cabe señalar que la negociación previa entre el interesado y los acreedores, resultaba muy costosa debido a que en la generalidad de casos se debía acudir

¹⁰⁵ De conformidad con el Artículo 105º de la Ley de Reestructuración Patrimonial: “*Requisitos para acogerse al procedimiento: Cualquier persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente, que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones, podrá acogerse a un acuerdo global de refinanciación, el mismo que será oponible a la totalidad de sus acreedores, y que se regirá por las disposiciones previstas en el presente Título y supletoriamente por el Título IV de la presente Ley. Con este fin, deberá presentar una solicitud a la Comisión, adjuntando un pre acuerdo global de refinanciación celebrado con representantes de más del 50% de sus deudas y toda aquella documentación e información señalada en el artículo 5 de la presente Ley, con excepción de la prevista en los incisos 4) y 5) de dicho artículo, la misma que constituye requisito de admisibilidad de la solicitud. Entre la celebración del acuerdo y la presentación de la solicitud no podrá transcurrir más de diez (10) días hábiles*”

acreedor por acreedor para ofrecerles las bondades de este pre acuerdo lo que a su vez resultaba riesgoso ya que el empresario dejaba al descubierto las debilidades de la empresa frente a un gran número de acreedores, abriendo la posibilidad de que estos pudieran iniciar las acciones judiciales de cobro en caso consideren desprotegido su crédito.

En caso se cumpliera con el requisito del pre acuerdo, la Comisión admitiría a trámite dicha solicitud y dispondrá a publicar la convocatoria a Junta de Acreedores, es necesario señalar que solo podrán participar de ésta, los acreedores que hasta el décimo día hábil anterior a la fecha señalada para la realización de la Junta, se hayan apersonado, se les haya verificado su crédito con el objeto de instalarse la Junta. Con respecto a la instalación de la Junta, se debe señalar que en dicho momento se generaba una gran dificultad y es en razón a la eficacia del proceso.

En primer lugar, para establecer de qué manera la eficacia del proceso se soslayada. Es necesario señalar, que en el proceso de insolvencia al cual se contrapone al procedimiento concursal preventivo, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones¹⁰⁶ se da de manera inmediata con la resolución firme de declaración de insolvencia, de esa manera se da protección al patrimonio concursado, de cualquier acción individual por parte de los acreedores. Lo que no sucede en el procedimiento concursal preventivo, pues a diferencia del procedimiento ya mencionado, no se suspende la exigibilidad de manera inmediata, pues previamente se tendrá que aprobar y certificar el Pre Acuerdo Global de Refinanciación ante la Junta Instalada, lo cual podría poner en riesgo la finalidad del procedimiento que es el fortalecimiento del patrimonio, pues como se

¹⁰⁶ La suspensión de la exigibilidad de las obligaciones va de la mano con la protección del patrimonio del deudor, que implica que a partir de la fecha de la publicación del sometimiento al concurso, las autoridades que conocen de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenarán, bajo su responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte el patrimonio del deudor y si ya están ordenadas tales medidas, se deberán abstenerse de trabarlas. Cfr. RAYGADA SOTOMAYOR, Jorge Luis. *La aplicación de la suspensión prevista por el artículo 18º de la LGSC en los casos que existe mandato de ejecución con la calidad de cosa juzgada*. [ubicado el 17. II. 2018]. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jorgeraygadasotomayor/tag/acuerdo-global-de-refinanciacion/>

mencionó líneas arriba, cada acreedor podría iniciar las acciones individuales correspondientes, por el riesgo que acarrea tal comunicación.

Otra situación que surge ante la eficacia del procedimiento, además de la ya mencionada, es la que se origina en caso dicho acuerdo se aprobara, pues la suspensión solo abarca las deudas devengadas hasta la fecha de la presentación de la solicitud de acogimiento al Concurso, dejando fuera las deudas nacidas con posterioridad a dicha fecha (deudas pos concursales), poniendo en riesgo a los acreedores concursales.

Además de todo ello, otro defecto que adolecía el concurso preventivo, era que en caso, se desaprobaba el Acuerdo Global de Refinanciación¹⁰⁷, el cual debía contener necesariamente: “1) *el cronograma de pago*; 2) *la tasa de interés aplicable*; y 3) *las garantías que se ofrecen de ser el caso*”¹⁰⁸; la junta se extinguía, ya que solo tenía como finalidad la aprobación del Acuerdo Global, el deudor concursado deja esa condición y debe cumplir con sus obligaciones en los términos originalmente pactados. Es decir, si con este procedimiento se quería evitar la crisis y ayudar al deudor, terminaba afectándolo aún más, sin contar la inversión de tiempo y dinero efectuado para activar la maquinaria concursal y la proclamada reducción de costos de transacción que subyace en los procedimientos concursales no tuvieron ninguna repercusión¹⁰⁹.

Continuando con el análisis de la normativa concursal entorno al Procedimiento Concursal Preventivo, se hace mención que la Ley desarrollada anteriormente fue modificada parcialmente por la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración, siguiendo los objetivos y principios de la Ley anterior, pero a su vez trazó nuevos objetivos para incentivar el acogimiento de los deudores al

¹⁰⁷ El Acuerdo Global de Refinanciación es una oferta contractual, un compromiso de pago formulado por el deudor con el objeto de reprogramar sus pasivos. En dicho acuerdo el deudor propone a sus acreedores formas de pago distintas de las pactadas anteriormente con los mismos. Cfr. YATACO ARIAS. Reestructuración e Insolvencia Empresarial. [ubicado el 17. II. 2018]. Obtenido en <http://insolvenciaempresarial.blogspot.pe/2012/02/el-acuerdo-global-derefinanciamiento>.

¹⁰⁸ Artículo 109° de la Ley de Reestructuración Patrimonial.

¹⁰⁹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Más vale prevenir que lamentar: la importancia del Concurso Preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. Op. Cit. p 187.

procedimiento preventivo, pues, si bien este procedimiento fue incorporado por la Ley de Reestructuración Patrimonial, aún no daba a relucir todo sus beneficios.

Deseamos subrayar que las modificaciones incorporadas tuvieron como finalidad facilitar el acceso al procedimiento en mención. La principal modificación la cual consideramos ha sido muy eficiente para la mejora del acceso al proceso, es la referente al requisito de admisibilidad, en la que el deudor debía adjuntar el pre acuerdo global de refinanciación, habiendo sido celebrado con el 50% de los acreedores, lo cual, en vez de generar facilidad para el deudor, generaba complicación pues como se mencionó este debía acercarse a cada uno de sus acreedores para la aceptación de dicho acuerdo, lo que dejaba expuestos a las acciones individuales.

Con la mencionada modificación, el texto de la norma establecía lo siguiente: *“Artículo 105º: Requisito para acogerse al procedimiento.- Cualquier persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente, que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones, podrá acogerse al Concurso Preventivo con el fin de celebrar un acuerdo global de refinanciación, el mismo que será oponible a la totalidad de sus acreedores, y que se regirá por las disposiciones previstas en el presente Título y supletoriamente por el Título IV de la presente Ley. Son requisitos de admisibilidad de la solicitud que se presente un proyecto de acuerdo global de refinanciación de sus deudas, y toda aquella documentación e información señalada en el artículo 5º de la presente Ley, con excepción de la prevista en los incisos 3) y 4) de dicho artículo. El mismo deudor solamente podrá acogerse al proceso de Concurso Preventivo una vez cada 12 (doce) meses”*. Observándose, solo bastaba que el deudor presente un proyecto de acuerdo global de refinanciación de sus deudas, haciendo de esa manera menos tedioso el acceso al procedimiento.

Asimismo, otra modificación a la Ley, es con respecto a los acreedores hábiles para participar del concurso, pues, se establece que serán considerados acreedores, los que presenten título que acrediten la existencia de su crédito hasta el décimo quinto día posterior a la publicación del inicio del Concurso

Preventivo¹¹⁰ a diferencia de su antecesora que establecía que se consideraba los créditos presentados hasta el décimo día antes a la Junta, lo cual consideramos que no dejaba a la comisión un plazo prudencial para la verificación de la información presentada.

Otra modificación significativa, es la referente a lo mencionado entre las últimas deficiencias, en cuanto, a que si se desaprobaba el acuerdo global, la junta se extinguía, el deudor concursado dejaba esa condición y debía cumplir sus obligaciones como habían sido pactadas. Dicha situación cambia, pues ahora la normativa establecía que en caso se desaprobara el acuerdo global de refinanciación, se podría pasar al proceso de insolvencia directamente, en consecuencia bastaba con el consentimiento de más del 50% de los acreedores reconocidos y del propio deudor para que la autoridad administrativa declare la situación de insolvencia del concursado adecuando la convocatoria a Junta, sus atribuciones, determinación de acreedores hábiles y todos los demás temas relacionados al procedimiento de insolvencia¹¹¹, logrando con ello, salvar la situación originada a razón del rechazo del acuerdo global de refinanciación, pues sin esta incorporación, ese rechazo, era una pérdida de tiempo y dinero para el deudor.

Cabe precisar, que además de modificar la norma, esta Ley también incorporó situaciones no prevista. Por ejemplo, una de ellas es la introducida por esta norma es la establecida en el último párrafo del artículo 105°, señalándose un periodo de sometimiento a este procedimiento, pues la Ley anterior no lo establecía, fijando que el deudor podrá someterse una vez cada doce meses. Consideramos que

¹¹⁰ Artículo 107° de La Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.- “Solo tendrán derecho a participar en la Junta convocada conforme al artículo anterior, los acreedores que hasta el décimo quinto día hábil posterior a la fecha en que se publique el inicio del Concurso Preventivo conforme al Artículo 8° de la presente Ley, presenten ante la Comisión los títulos que acrediten la existencia, origen, titularidad y cuantía de los créditos devengados, se encuentren o no vencidos, debiendo identificar los créditos invocados por concepto de capital, intereses y gastos y señalar el orden de preferencia correspondiente. Asimismo, los acreedores deberán informar bajo declaración jurada que no mantienen ningún tipo de vinculación con el deudor o, caso contrario, informar de la existencia de vinculación con el deudor en cualquiera de los casos que se indican en el Artículo 5° de la presente Ley”.

¹¹¹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Más vale prevenir que lamentar: la importancia del Concurso Preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana*. Op. Cit. p 189.

esto se estableció así por dos razones, en primer lugar, que el proceso de refinanciación de sus obligaciones, toma un tiempo prudencial para que la empresa vuelva a su actividad cotidiana, y en segundo lugar, como una manera de proteger a los acreedores, debido a que no se puede estar suspendiendo las obligaciones en periodos tan cortos, ya que podría ser usado de mala fe por los empresarios.

Además, hay que hacer hincapié que con dicha norma se incorporó a los procedimientos en general, el supuesto relacionado al vínculo entre el acreedor y deudor, pues en caso de mantener algún tipo de relación, tendrá que ser comunicada a la Comisión y en caso de no tenerla, presentar una declaración jurada informando la situación. Este mecanismo, fue incorporado con la finalidad de evitar algún tipo de fraude contra los demás acreedores.

Asimismo se establece una mayor protección a los acreedores, pues en la Ley anterior los acreedores no tenían participación en la gestión o marcha de la empresa, pues en caso se aprobara en Acuerdo, se podría decir que estos tenían funciones limitadas y una vez cumplidas estas desaparecían, es con esta Ley que se incorpora mayor facultades para los acreedores, ya que a pesar de que sea el deudor quien se someta a este procedimiento, se deberá velar por los intereses de los acreedores, dándole así un incentivo para que no dudaran en apoyar este proyecto.

Es así que se dispone que el Acuerdo Global de Refinanciación deberá ser suscrito por el representante de la Comisión, el deudor y el Presidente de la Junta en representación de todos los acreedores, además la Junta podrá elegir un Comité de Vigilancia, el mismo que tendrá a su cargo supervisar el negocio mientras dure la reprogramación de pagos, de esa manera se le da facultades para incorporar la organización de la empresa y a supervisarla mientras dure el procedimiento.

Continuando con el análisis del Procedimiento Concursal Preventivo en nuestra normativa concursal, tenemos que la sucesora de la Ley en mención, es la Ley

General del Sistema Concursal con la cual se corona la evolución del Sistema Concursal, y se establece de manera más precisa, detallada y aplicativa pero sin perder la esencia de cómo se establecían los procedimientos en las normas que antecedieron. Es por ello que esta Ley no es tomada como un total cambio de la legislación, ya que solo es el “*perfeccionamiento*” de la norma que ya había sido establecida sin cambiar el sentido de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración.

De igual manera, esta Ley corrige ciertas deficiencias prácticas que se observaron en el procedimiento preventivo, estableciendo una redacción, un sentido más claro y detallado, pues como se ha mencionado anteriormente, gran parte de las deficiencias advertidas fueron subsanadas con la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

Baste como muestra el artículo 103° de la actual norma en el que se establece que cualquier deudor podría acogerse al procedimiento concursal preventivo, señalándose anteriormente que “*cualquier persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente (...)*”, estableciéndose específicamente quienes eran los sujetos que podrían acogerse, teniendo una aplicación más general. Asimismo, en el artículo en mención, se señala que cualquier deudor podrá solicitar el inicio de este procedimiento en tanto no esté inmerso en ninguno de los supuestos en el artículo establecido¹¹². Y anteriormente solo se señalaba que debía encontrarse en imposibilidad o dificultad de pago oportuno para poder acogerse al procedimiento.

En la actual Ley, una vez que se haya cumplido con los requisitos establecidos para su admisión, se declarará consentida o firme la resolución, en consecuencia se dispondrá la difusión del procedimiento, estableciendo el plazo para que los acreedores soliciten el reconocimiento de sus créditos, el cual no podrá excederse de los 30 días posteriores a la fecha de la publicación.

¹¹² Artículo 24.1° de la Ley General del Sistema Concursal. “*En el caso del concurso ordinario, podrá ser iniciado a solicitud del deudor solo si acredita encontrarse en estas situaciones: a) que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencida e impagas por un periodo mayor a treinta días calendario; - además -, que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado*” (sic).

Cabe precisar que otra modificación es la disminución del plazo en la prórroga para la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación, pues, en la Ley que antecede podría extenderse hasta los treinta días posteriores a la instalación de la junta, ahora solo puede extenderse como máximo 15 días, además, incorpora en el Artículo 108° numeral 4¹¹³, en el que se refiere que el Acuerdo Global de Refinanciación obliga a todo el concursado incluyendo a los acreedores que se hayan opuesto a dicho acuerdo, aquellos que no hayan asistido a la Junta o aquellos que no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos. En definitiva, como se puede apreciar son pocas las incorporaciones que añadió esta Ley.

Habiéndose desarrollado de una forma sucinta el trato que se le dio al procedimiento concursal preventivo a lo largo de nuestra normativa concursal, las modificaciones que se incorporaron, procederemos a explicar que se entiende por el procedimiento concursal preventivo.

2.2.2. Concepto del Concurso Preventivo

Tal como se mencionó al inicio del capítulo anterior, someterse al Sistema o Régimen Concursal equivale a separarse de la aplicación de las reglas del derecho común, es decir, dejar de aplicar lo pactado por las partes (acreedor-deudor) en cada relación independiente, lo que se puede justificar solo si la situación en la que se encuentra la empresa no es precisamente la común u ordinaria, pues con ello se busca salvaguardar el interés general, tanto del deudor como de los acreedores, pero de una manera más eficiente cualquier otro procedimiento independiente, claro si la situación lo permite¹¹⁴.

Se ha venido mencionando a lo largo de este capítulo, que el Procedimiento Concursal Preventivo fue incorporado a la normativa como una herramienta del

¹¹³ Artículo 108.4° de la Ley General del Sistema Concursal. *“El Acuerdo Global de Refinanciación aprobado por la Junta obliga al concursado y a todos sus acreedores, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos, con las limitaciones establecidas en el artículo 68°.”*

¹¹⁴ ECHEANDIA CHIAPE, Luis Francisco. Op. Cit., pp. 201-202.

Sistema Concursal para aquellas empresas que se encuentren en una etapa previa a la crisis, es decir la empresa no se encuentra en una situación de insolvencia patrimonial o cesación de pagos, debido a que en esta etapa previa, la crisis aun no aparece, se podría decir que hay indicios de una pronta aparición, pero si esta situación se maneja de una manera adecuada no acarreará una crisis.

Entonces se podría entender que para acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo se deberá estar en algunas de las siguientes situaciones: tener una imposibilidad o dificultad inmediata de pago de sus obligaciones, una dificultad futura de honramiento de sus deudas, asimismo se podría tener un patrimonio que arroje pérdidas acumuladas sin tener en cuenta la cesación de pago o también un patrimonio que no arroje pérdidas acumuladas y no se halle en cesación de pagos¹¹⁵.

En concreto, se podría definir al Procedimiento Concursal Preventivo como aquel mecanismo de reestructuración de obligaciones ante la imposibilidad inmediata de pago o dificultad de honramiento futuro de deudas, anterior al estado de insuficiencia patrimonial o cesación de pago definitivo¹¹⁶. Asimismo, el autor Esteban Carbonell O'Brien define al procedimiento preventivo como aquel procedimiento que se concibe para evitar la bancarrota¹¹⁷, en este procedimiento, se le faculta exclusivamente al deudor para convocar a sus acreedores con la finalidad de llegar a un acuerdo, el cual de ser aprobado permitiría superar el estado de suspensión de pagos sin ser declarado en insolvencia¹¹⁸.

¹¹⁵ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Más vale prevenir que lamentar: la importancia del Concurso Preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. Op. Cit. p.121.

¹¹⁶ CARDENAS SILVA, Cesar André. *Viabilidad del uso del procedimiento concursal preventivo desde un punto de vista societario- económico*. Lima, Institución de Investigación Jurídica, 2017, p. 04 [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2497>

¹¹⁷ Es un término con el que se le conoce a la figura de la quiebra, en algunos países, se realiza una declaración de bancarrota como una medida legal y adecuada, cuando se está atravesando una situación financiera, en general debido a circunstancias ajenas a su control, y resulta lo más conveniente para evitar una deuda apabullante. (sic) Cfr. Colegio de abogados de la ciudad de Nueva York. La bancarrota personal: ¿Es conveniente para usted?, Nueva York, 2007. [Ubicado el 11. II. 2018]. Obtenido en https://www2.nycbar.org/Publications/pdf/Individual_Bankruptcy_Pamphlet_Spanish.pdf

¹¹⁸ CARDENAS SILVA, Cesar André. *Viabilidad del uso del procedimiento concursal preventivo desde un punto de vista societario- económico*. Lima, Institución de Investigación Jurídica, 2017,

Cabe señalar que, en la definiciones expuestas se hace mención a la suspensión de pagos, lo cual se entiende como una interrupción o retraso en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por una de las partes (deudor) durante un tiempo o indefinidamente, para el desarrollo de este capítulo, se supondrá dicha interrupción como una temporal, debido a que la empresa inmersa en el procedimiento o que pretende solicitar el procedimiento en mención tiene los medios necesarios para superar la situación en que la se encuentra, y en razón a ello, lograr cumplir sus obligaciones pendientes, lo cual se contrapone en una situación de insolvencia, debido a que la suspensión es de manera permanente a causa de la crítica situación que atraviesa la empresa.

Hay que mencionar además que al ser un procedimiento que busca evitar el estado de insolvencia, este procedimiento tiene un tratamiento similar al derecho pre concursal, ya que el sistema interviene en una fase germinal y no en estados avanzados de crisis económicas en los que el desenlace es casi siempre irreversible. Es así que FERNANDEZ DEL POZO no considera que en dichas situaciones se esté ante una situación de insolvencia pero si son señales anticipadas de insolvencia definitiva¹¹⁹.

En este procedimiento se tiene como finalidad proteger el fortalecimiento del patrimonio del deudor a diferencia de los otros mecanismos brindados por el Sistema Concursal, la eficacia de este procedimiento reside en que fortalecer el patrimonio concursado es vital, justamente para evitar la escasez frente a innumerables demandas por parte de los acreedores y de esa manera proteger mejor el crédito.

Debemos tener presente que este procedimiento no busca proteger de manera directa el crédito, lo que busca proteger es la empresa, el patrimonio de ésta:

p. 04 [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2497>

¹¹⁹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. "Hacia una Reestructuración del Sistema Concursal", *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Nº 12, Noviembre 2011, p. 119.

“solo en la medida que la empresa funcione, los acreedores cobraran sus créditos, los trabajadores mantendrán su empleo, los accionistas conservaran sus inversión, el estado se beneficiara con el pago de impuestos, los proveedores tendrán aseguradas sus ventas, y los clientes podrán gozar de un producto en el mercado que les sea beneficioso”¹²⁰.

Se podría decir que el Procedimiento Concursal Preventivo no es otra cosa que un mecanismo de anticipación a la crisis que se avecina al deudor, una crisis que se puede originar por diversos motivos, en los siguientes párrafos, explicaremos de manera breve las razones del origen de una crisis empresarial.

Deseamos subrayar que la empresa puede pasar por diversas circunstancias las cuales pueden originar que devenga en una crisis, pero si son asumidas mediante una buena gestión desde que se originan, esta prevención puede beneficiar a la colectividad de intervinientes.

Se podría considerar que la decisión de las empresas que acuden al Sistema Concursal y más en los casos en que sea de manera voluntaria, dicha situación se debe a razones contables, cuando usualmente las dificultades financieras preceden a los registros contables, pero no son las únicas circunstancias por las que una empresa pueden atravesar para que se acarre una crisis.

Es así que, LIZÁGARRA hace mención a que las situaciones de crisis *“casi en el total de las veces, no surgen inesperadamente, existen factores y circunstancias que se van presentando durante un determinado periodo de tiempo que progresivamente contribuyen a generar una situación como esta”¹²¹.*

Lo señalado por el autor citado, es lo que en la actualidad, podemos observar que sucede pues la mayoría de empresas pasan por dificultades económicas o de diversa índole, las cuales pueden acarrear el deterioro de la empresa hasta el

¹²⁰ DIEZ CANSECO, Alfredo. “Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial”, *Revistas PUCP*, N° 47, 1993, p. 660.

¹²¹ AGURTO ISLA, Renzo. Op. Cit. p. 112.

punto de gestor una crisis, por ejemplo algunas de las razones que acarrea una crisis podrían ser la mala gestión de los directivos, una reducción de la demanda de sus productos o servicios por la disminución del poder adquisitivo de la población, el aumento de su cartera pesada por falta de pago de sus clientes, un cambio de gusto en los consumidores o una política de gobierno que encarezca el crédito, y muchas más posibles situaciones¹²².

Es preciso señalar, que pueden influir tanto circunstancias internas como externas, en la primera de ellas, se podría hablar de una mala calidad en la gestión, la innovación, la capacidad de trabajo de sus dirigentes y de su personal, y la segunda de ellas, se trata de aspectos que no dependen directamente de la empresa, y son en particular aspectos a los cuales la empresa se debe someter como a ciertas disposiciones impuestas por el gobierno de turno, el Estado y el mercado internacional¹²³.

Además de ello, se puede agregar que cuando una empresa se encuentra atravesando una etapa de estrés financiero¹²⁴, es esta misma quien busca adoptar una serie de decisiones para salir de la situación de iliquidez en la que se encuentra inmerso¹²⁵, en algunos casos, sin una buena gestión, podría generarse mayores deudas.

Es necesario recalcar, que para tener claro cuál será el procedimiento viable para cada una de las circunstancias que atraviesa la empresa, se debe distinguir dos tipos de crisis, la primera se da en una empresa viable, que solo enfrenta una mala circunstancia financiera, pues en esta situación los ingresos de la empresa son suficientes para cubrir sus costos de producción, pero no lo son para cubrir alguna de las cargas financieras que posea; en el segundo caso, se da en una

¹²² VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. "La concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor desde la perspectiva del Derecho Concursal", *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 109, Lima, Marzo 2010, p. 322.

¹²³ DIEZ CANSECO, Alfredo. Op. Cit. p.660.

¹²⁴ Condición temporal por la que atraviesan diversos agentes del mercado con dificultad para el cumplimiento total u oportuno de sus obligaciones. Cf. AGURTO ISLA, Renzo. Op. Cit. p.111.

¹²⁵ *Ibíd.* p.112.

empresa inviable, es decir, sus ingresos no son suficientes para cubrir sus propios costos de producción ni mucho menos las cargas financiera¹²⁶.

De donde resulta que, en el primero de los casos, es más conveniente para la empresa ingresar a un procedimiento preventivo debido a que con el ingreso a dicho procedimiento se suspenderá la exigibilidad de sus obligaciones, reprogramando los pagos pendientes o por vender, dándole un plazo extra, al deudor para estabilizar su situación, debido a que para continuar con su actividad rutinaria, se necesita realizar gastos de producción, lo cual puede consumir, el total de sus ingresos. Y en efecto al otorgarle un plazo para que este genere ganancia, sin reducirla por alguna obligación pendiente, esta ganancia comenzará a crecer y de esa forma cumplir con la totalidad de sus obligaciones. En el segundo supuesto, es conveniente que la empresa ingrese a un procedimiento ordinario y a su vez optar por la liquidación, pues, el deudor al intentar generar algún tipo de ganancia en su actividad comercial, incide en gastos, que no tiene ninguna finalidad por ser sus pasivos más que sus activos. Obteniendo mayor resultado para sus acreedores, liquidando y pagando hasta donde sus activos alcancen.

No solo basta con tener claro cuál de los procedimientos es idóneo para la situación actual de la empresa, sino también no se debería esperar mucho para identificar las circunstancias o la situación específica que afecta la empresa, ya que se pone en riesgo el giro del negocio. En definitiva lo que suele suceder como se ha mencionado en reiteradas ocasiones es que el deudor se somete a los procedimientos concursales cuando es demasiado tarde, pues sus dificultades económicas son de tal magnitud que difícilmente posibilitan que un negocio en dicha situación se mantenga en el mercado, por lo que se llegará al punto de tener que liquidar la empresa.

Un punto importante de señalar es que en la generalidad de casos no se reconoce que hay crisis hasta que los pagos a los acreedores se atrasan por falta de liquidez. En mucho de estos casos, los deudores, recién conocen la situación

¹²⁶ VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. Op. Cit. p.323.

cuando los acreedores financieros (que en la mayoría de casos son los más fuertes), pues usualmente suelen desatender las señales de aviso procedentes de sus oficinas de control de riesgo, claro está que esta situación se daría en el caso del concurso ordinario, siendo que los acreedores no podrían iniciar o ingresar al procedimiento concursal preventivo. Es como si, por alguna u otra razón, los directivos o el propio deudor, desearan aplazar la aceptación de la crisis, con la esperanza de que, de alguna manera, las cosas mejoren con el paso de tiempo. Idea que termina, siendo totalmente falso, ya que como se mencionó en el transcurso del trabajo, ya sea por dejadez, estigmatización social o cultural, o simplemente porque no se tomaron en cuenta las señales, la situación que comenzó siendo pequeña y que pudo haber sido combatida y solucionada en beneficio de los intervinientes del proceso, termina en un gran problema, perjudicando a ambas partes, ya que no hay patrimonio suficiente para la infinidad de demanda por parte de los acreedores, en donde ellos no cobrarán la total de sus acreencias y los deudores verán liquidada y disuelta la empresa en la cual invirtieron tanto.

2.2.3. Finalidad del Procedimiento Concursal Preventivo

El Sistema Concursal ha diseñado este mecanismo con la finalidad de brindar una herramienta a aquellos agentes que aún no se encuentran en una situación de insolvencia o cesación de pagos generalizada o permanente, pero que ven conveniente adelantarse a esta situación, ante de verse rebasado por sus obligaciones¹²⁷.

Según DEL AGUILA¹²⁸, el procedimiento propugna una acción preventiva, generando incentivos adecuados para que el deudor se halle animado para acogerse a este procedimiento, como es, que la junta de acreedores no tomara el control de la empresa, solo se reprogramaran los pagos, esta seguirán en manos del deudor, claro está bajo supervisión de la Junta, lo cual podría generar incentivo para el deudor.

¹²⁷ AGURTO ISLA, Renzo. Op. Cit., p.113.

¹²⁸ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Hacia una Reestructuración del Sistema Concursal. Op. Cit., p. 661

En conclusión éste procedimiento, es una figura que tiene como finalidad permitir que el deudor re programe sus obligaciones crediticias, es decir que supere sus problemas de iliquidez inmediata y evitar verse inmerso en una situación de insolvencia o de cesación de pagos, y de esa manera proteger y fortalecer el patrimonio de la empresa, para que ésta continúe con el giro del negocio de una manera ordinaria¹²⁹.

2.2.4. Derecho Comparado

Como ha señalado en el transcurso del presente trabajo en la celebración de los contratos siempre habrá un relativo margen de riesgo dependiendo de las empresas con quienes se contrate aunque el riesgo siempre exista (el incumplimiento de las obligaciones, casos fortuitos, etc.), se puede tratar de mitigar y es por ello que cada empresa tomará las medidas adecuadas para preservar de mejor manera su negocio y no acarrear pérdidas.

Es importante señalar que diversos son los motivos que pueden generar que los contratos no se cumplan , y es por ello que, cada acreedor ante el incumplimiento de lo acordado por las partes adoptaran la mejor decisión para proteger su acreencia pudiendo para ello requerir el pago por diversas modalidades, asimismo, pudiendo accionar en vía extrajudicial o judicial, en caso de tener alguna garantía hacer valer lo pactado, en caso no las tuviera intentaría embargar cualquier activo del deudor, en caso el deudor cuente con activo para responder a cada uno de los acreedores, será suficiente para satisfacer sus obligaciones.

Pero que sucede en el caso de que el deudor no cuente con el patrimonio suficiente para hacer frente a sus obligaciones, esta situación ya ha sido mencionada muchas veces en el transcurso de este trabajo, el deudor tendrá que hacer frente ante todo los acreedores que ven insatisfecho su derecho o que en un futuro no podrán ver sus obligaciones cumplidas, por lo tanto, aquel deudor tendrá que negociar con todos aquellos acreedores a fin de determinar, qué forma

¹²⁹ AGURTO ISLA, Renzo. Op. Cit., p.112.

es la más adecuada para la recuperación de su crédito y para preservar el patrimonio de la empresa..

Es en estos momentos donde el Derecho Concursal sale a relucir, facilitando aquella negociación, cabe señalar, que la situación mencionada y por la que se debe recurrir al Concurso Preventivo, no solo se da en nuestra Legislación Peruana, ya que la crisis aparece tanto en empresas peruanas como en empresas de todo el mundo, y diferentes son las medidas que adopta cada legislación para hacer frente a la crisis, instaurada en sus países buscando la eficacia de los Sistemas mediante regulaciones y procedimientos distintos, en alguno de los casos similares, pero teniendo como fin principal apoyar al deudor ya sea este una persona jurídica o persona natural dependiendo de las legislación de cada país, salir en la situación de insolvencia de ser el caso, o liquidarla.

“La inestabilidad económica y financiera, la crisis mundial, las peculiaridades del comercio internacional, entre otras circunstancias, externas o hasta mismo internas referentes al manejo de la empresa, puede llevar al empresario a una actuación desfavorable, que no le permita cumplir con las obligaciones contraídas y que genere, por así decir, el estado de insolvencia”¹³⁰.

Luego de una breve introducción sobre el Sistema Concursal y la finalidad de su aplicación práctica a continuación realizaremos un estudio del procedimiento preventivo en algunos ordenamientos jurídicos. Pretendemos con ello elaborar un estudio de Derecho Comparado que analice la aplicación de un procedimiento que tiene por finalidad la prevención de la crisis en estos distintos países, mostrando con ello las diferencias y semejanzas con el Ordenamiento Peruano. En primer lugar comenzaremos por los Ordenamientos Jurídico Europeos, y en segundo lugar, con los países sudamericanos.

¹³⁰ KLEIN VIEIRA, Luciane y GOMES CHIAPPINI, Carolina. “La problemática de la Quiebra Internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internaciones?”, *Revista El Derecho- Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Edición N° 12.183, 12.184 y 12.185, 2009, p.1.

A. Derecho Concursal Alemán

En primer lugar, explicaremos de manera sucinta el esquema normativo del Sistema Concursal Alemán, para después analizar el tratamiento que dicha normativa le da al procedimiento encargado de prevenir la crisis.

La Ley Concursal Alemana denominada Konkursordnung, siendo este el término alemán- tuvo vigencia desde 1877. En esta Ley se establecía un procedimiento liquidativo, y estaba dividida en tres libros, el primero de estos, denominado Konkursrecht, en este se incluía la normativa sustancial; el segundo, denominado Konkursverfahren, contenía las reglas procesales y por último, el tercer libro contenía las normas de tipo punitivo¹³¹. Cabe precisar que esta norma fue considerada como el ordenamiento concursal de mejor técnica en el Derecho Comparado¹³².

Pese a que la normativa alemana fue meramente liquidatoria, tuvo un tiempo de vigencia muy largo, al igual, que la Ley de Quiebras de 1932 en el Ordenamiento Peruano con una vigencia de casi 60 años. *“Sin embargo, la ausencia de un procedimiento concursal de tipo preventivo provoca en la doctrina sugerencias de reforma, la que fue concretada con la llamada ley de convenios”*¹³³.

Es necesario señalar que los Sistemas Liquidatorios que se dieron originalmente, fueron usados por las empresas durante mucho tiempo, lo cual, tal vez sucedía como en el caso peruano, al ingresar al procedimiento regulado por la Ley de Quiebras, no había otra alternativa que una inminente liquidación de los activos del deudor y la salida del mercado, sin evaluar si había una mejor alternativa para el deudor dependiendo de cada situación en concreto, empero, esta era la única solución brindada antiguamente por el Derecho Concursal en la generalidad de países.

¹³¹ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*. Tomo I, Buenos Aires, Legis Argentina S.A, 2009, p.6.

¹³² Tomás Tomás, Salvador. *El órgano de administración concursal en algunos sistemas jurídicos de referencia*, Murcia, Universidad de Murcia, 2014, p. 133.

¹³³ DASSO, Ariel Ángel. Op. Cit., p. 6.

Es por ello que, tanto en la Legislación Alemana y Peruana, claro que en años diferentes, se necesitó una reforma que busque la conservación de la empresa, en los casos en que la empresa merezca ser conservada, es por ello que, ambos países en las reformas instauradas buscaron agregar un procedimiento apartado del meramente liquidativo.

Siendo así, la normativa Concursal Alemana incorpora en el año 1935, con algunas modificaciones relevantes, la más resaltante es el Convenio Judicial *“cuyo objetivo es la conservación de la empresa con los deudores dignos de consideración por su conducta y por su estado patrimonial (acuerdo preventivo, conservatorio)”*¹³⁴.

Consideramos que con dicha modificación, se trató de ver a la empresa como parte de la economía del país, pues viéndose desde dicha óptica, se aprecia que es la generadora de todo el movimiento económico de un país, claro está, que dicha modificación no solo tuvo como opción para el deudor concursado la continuidad de la empresa, sino además en los casos en que dicha conservación sea idónea, en caso, no lo fuera se debería optar por la liquidación de la empresa. Asimilándose esta normativa a la Ley de Reestructuración Patrimonial en el Perú, que incorporó a la normativa concursal el procedimiento de insolvencia, dando la opción de reestructurar la empresa en caso fuera idónea, o liquidarla en caso no. No estableciéndose solo la opción de liquidar la empresa desde la cesión de pagos, sin un estudio previo de cada situación en concreto.

Continuando con el análisis de la normativa alemana el 18 de octubre de 1994, se publicó la Insolvenzordnung que introduce en Alemania un procedimiento nuevo que tiende a la unificación de los procedimientos judiciales para el tratamiento de las empresas en crisis o insolvencia. En dicho procedimiento se mantiene tanto el Procedimiento Liquidativo, siendo el procedimiento original de dicho Derecho Concursal y el Preventivo, denominándolo procedimiento de insolvencia, abarcando con ello, dos soluciones¹³⁵. Dicha unificación tuvo por finalidad, como

¹³⁴ DASSO, Ariel Ángel. Op. Cit., p. 6.

¹³⁵ DASSO, Ariel Ángel. Op. Cit., p. 8.

bien, se ha establecido en el artículo 1° de dicha Ley, la satisfacción colectiva de los acreedores mediante la liquidación o, alternativamente, “*un plan de insolvencia*”¹³⁶.

Para dar inicio al procedimiento preventivo basta que el deudor se encuentre en una amenaza de insolvencia, al igual que la normativa peruana, esta alternativa solo puede ser iniciada por el deudor y que se manifiesta por una situación de insolvencia potencial. Este procedimiento posibilita anticipar la crisis y con ello, evitar menoscabar el derecho de los acreedores, cumpliendo así, la finalidad establecida en la Insolvenzordnung¹³⁷.

B. Derecho Concursal Español

Continuando con el análisis de la normativa concursal europea, corresponde analizar el Derecho Concursal Español, debemos señalar previamente que este país ha pasado por una de las mayores crisis del Continente Europeo, circunstancia que degradó en gran magnitud la situación económica de dicho país.

La crisis por la que atravesó España y por la cual actualmente siguen viéndose afectadas las empresas aunque en menor medida, ha contribuido a la insolvencia y caída de numerosas empresas, es por ello que, muchas de las empresas han tenido que estar inmersas en concurso de acreedores, es por esta situación que la Ley Concursal regula la situación de insolvencia de las personas jurídicas y físicas, tramitándose en un solo procedimiento concursal. Como lo hemos mencionado con anterioridad, existen diversos factores que generan crisis empresariales, pudiendo ser estos factores externos e internos.

“En España, durante la Gran Recesión (2008 – 2013) el PIB real cayó más de un 8%, el desempleo alcanzó el 26% (partiendo de niveles próximos al 10%), el crédito al sector no financiero bajó más

¹³⁶ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*. Tomo II, Buenos Aires, Legis Argentina S.A, 2009, p. 926

¹³⁷ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*. Tomo I, Op. Cit., p. 11.

de un 18% y los precios reales de la vivienda descendieron alrededor de un 35%. Todos estos acontecimientos llevaron a un fuerte aumento de la morosidad y de los procedimientos de insolvencia. Así, las ejecuciones hipotecarias se incrementaron en más de un 55% y los Juzgados de lo Mercantil pasaron de albergar menos de 1.000 concursos anuales, antes de la crisis, a resolver más de 9.000 en los momentos más agudos de ésta”¹³⁸.

En el caso de España, las razones fueron externas, pues no dependió de la gestión propia de las empresas, sino del Estado y su situación económica, como es el caso de la recesión, generando con ello que, muchas empresas se encuentren inmersas en crisis financiera, asimismo, pues no fue la única situación que tuvo que afrontar España se desarrollaron otros problemas como los del sector inmobiliario, la crisis bancaria y el más grande, siendo una consecuencia de los mencionados fue el aumento del desempleo en el país. Consideramos que debido a las situaciones acaecidas, salió a relucir la gran deficiencia de la normativa concursal en el país.

Explicaremos los antecedentes de la legislación concursal española, los cuales se remontan al año 1829 con el antiguo código de comercio, recogiendo las disposiciones relativas a la quiebra y suspensión de pagos¹³⁹, asimismo, se estableció un proceso previo de eliminación para el concurso civil denominado “*La Quita y Espera*” que tiene ciertas similitudes al procedimiento concursal preventivo en el ordenamiento peruano, pero en sede judicial, ya que los procesos concursales en el ordenamiento español se llevan bajo la supervisión de dicha autoridad¹⁴⁰.

Ley que fue derogada por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y actualmente por la Ley N° 22/2003 46 del 9 de julio de 2003, Ley que tuvo vigencia a partir del

¹³⁸ GARCIA POSADA Miguel y VEGAS Raquel. *Reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión*. Documento de Trabajo N° 1610, Banco de España, 2016, p. 7.

¹³⁹ KLEIN VIEIRA, Luciane y GOMES CHIAPPINI, Carolina. Op. cit., p.12.

¹⁴⁰ ANDUJAR MORENO, Jorge. “El derecho concursal desde la perspectiva del derecho procesal civil. Una visión integral, coherente y útil. Análisis procesal de la Ley General del Sistema Concursal”, *Revista Jurídica Magistri en Doctores*, N° 3, Diciembre 2006, p. 379

1 de septiembre del 2004. El Derecho Concursal Español vigente es relativamente reciente, con esta Ley se renovó de una manera profunda la normativa concursal de esas dos disposiciones¹⁴¹.

Además, la Ley concursal 22/2003, incorpora el principio de unidad, al igual que en el ordenamiento alemán, pues con la Insolvenzordnung, se unificó los procedimientos regulados con anterioridad, lo mismo sucede en la legislación española, ya que los concursos civiles (concursos de acreedores de quita y espera) y los mercantiles (quiebra y suspensión de pagos), son regulados en un único procedimiento, el que conduce al convenio con los acreedores, o la liquidación de ser el caso, decisión tomada en mayoría¹⁴².

Es de precisar, que al ser la reforma española posterior a la realizada en Alemania el año 1994, fue éste último su modelo, siendo así, siguió la misma línea pues distinguió dos tipos de concursos, por un lado, el necesario dándose en los casos de incumplimiento irregular de sus obligación; y por otro lado, el concurso voluntario, *“basta con la insolvencia inminente, como la situación que acontece cuando el deudor prevea que no podrá cumplir en forma oportuna y regular con sus obligaciones a instancia exclusiva del deudor y sin admitir oposición de los acreedores”*¹⁴³.

[Siguiendo con el análisis del concurso voluntario, es definido como] *“la situación en la que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, la llamada insolvencia inminente que define en forma análoga a la Insolvenzordnung alemán, como la situación en que se encuentra el deudor que prevea que no podrá cumplir en forma puntual y regularmente sus obligaciones”*¹⁴⁴.

¹⁴¹ BIANCHINI AYESTA, Aldo. Op.cit., pp. 45-46.

¹⁴² DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*. Tomo I, Op. Cit., p. 927

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 928

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 497

Un punto que queremos señalar antes de finalizar el análisis de la presente legislación, es que España en el nuevo enfoque concursal, tienen una legislación vinculada a la conservación de la empresa como ente económico de interés para la sociedad en conjunto¹⁴⁵.

C. Derecho Concursal Italiano

Ahora bien, entre los países analizados en el presente trabajo, se aprecia que éste es el último país en realizar una reforma, pues en el ordenamiento alemán se realizó la reforma en el año 1994, posteriormente, en España se dio en el año 2003 y por último, el ordenamiento en mención tal reforma se realizó un par de años después, en el año 2005. Es por dicha razón que era imperioso adecuar el régimen italiano, pues ostentaba una notable antigüedad a comparación de la normativa comunitaria¹⁴⁶.

A saber que a partir de la década del '80 con el Rapport Sudreaw en Francia, la preocupación por plasmar una norma que otorgue la posibilidad de salvar la empresa, se dio como una verdadera obsesión en los países europeos, es por ello que mencionamos que dentro de los países analizados, Italia es uno de los países que tardó más en reformar su normativa¹⁴⁷.

La Ley Concursal Italiana estuvo vigente desde 1994, es después de 63 años que dicha Ley se modificó después de un largo plazo el 14 de marzo del 2005 por el dec. legs. N° 35 que luego fue ratificado y convertido en la Ley N° 80 el 14 mayo 2005, dentro de las modificaciones más relevantes se encuentran la regulación del concordato preventivo, el acuerdo de reestructuración del deudor, pues como lo decíamos, hubo mucha preocupación por salvar la empresa en crisis¹⁴⁸.

¹⁴⁵ DIEZ CANSECO, Alfredo. Op. Cit. p. 399

¹⁴⁶ TÉVEZ, Alejandra N. *La reforma de la ley concursal italiana*, En: La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, Septiembre de 2006, p. 2 [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiVppnBtMLZAhWOu1MKHTNyAMwQFggsMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Finstitucional%2Fpacem%2Fpdf%2Ffla-cooperativa-de-trabajo-como-continuada-de-la-empresa-en-quiebra.pdf&usg=AOvVaw2pO68_6b3qfsRR8VropK2t

¹⁴⁷ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I, Op. Cit., p. 913.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 919

En Italia al igual que en nuestro país el legislador ha tenido especial preocupación por privilegiar la gestión privada en la crisis confiriendo mayor protagonismo al deudor y a los acreedores¹⁴⁹, difiriendo en que el actor principal en nuestra legislación más que el deudor son los acreedores (en Junta), pero la igualdad reside en que no se le otorga la decisión a la autoridad del destino de la empresa, solo se le confiere un rol supervisor.

Con respecto al procedimiento preventivo- llamado así en nuestra legislación- es denominado en la legislación en mención como concordato preventivo en el Derecho Concursal Italiano, fue modificado en los artículos 160, 161, 163, 177,180, 181 de la ley falimentaria y agregado un nuevo artículo 182¹⁵⁰. Como en la mayoría de ordenamientos europeos, los procedimientos concursales están bajo la vigilancia de la autoridad concursal.

“El legislador italiano está persuadido de que debe favorecerse la continuación de la actividad empresarial, a partir del ofrecimiento de un espacio en el que deudor y acreedores negocien una solución flexible. De allí que aparezca potenciada la negociación entre las partes y que al juez le esté vedado evaluar tanto la conveniencia del acuerdo cuanto las cualidades del deudor”¹⁵¹.

Queremos enfatizar en lo mencionado anteriormente, con respecto a, que los ordenamientos europeos tuvieron un cambio a favor de la empresa, en los casos en que demostrara tener los recursos para una viable subsistencia, pues originalmente en la mayoría de legislaciones prevalecía el aspecto liquidador de la legislación concursal, lo cual sucedió también en nuestra legislación, pues dio un giro importante al pasar de la Ley de Quiebras a la Ley de Reestructuración Patrimonial.

Ahora bien, continuando con el análisis de los ordenamientos jurídicos internacionales, habiendo narrado de una manera muy escueta el desarrollo de

¹⁴⁹ TÉVEZ, Alejandra N. Op. Cit., p. 1.

¹⁵⁰ Ibid., p.2

¹⁵¹ Ibid., p.2

los procedimientos análogos al procedimiento preventivo en Europa, por lo que, continuando con el desarrollo del presente capítulo, analizaremos dos ordenamientos sudamericanos, teniendo como finalidad la realización de una comparativa entre los ordenamientos se desarrollaran con el ordenamiento peruano.

Debemos precisar, como bien lo señalábamos al inicio de la narrativa del Sistema Concursal Europeo, para un desarrollo ordenado e interrelacionado entre ambos ordenamientos, a continuación analizaremos en primer lugar el ordenamiento argentino por ser el primero en realizar la reforma concursal entre los países analizados y continuaremos con el ordenamiento chileno.

D. Derecho Concursal Argentino

El Derecho Concursal Argentino estuvo regulado en un primer momento por la Ley 19.551 regulada en el 1972, estableciéndose solo el Concurso Preventivo y la Quiebra, dicha normativa fue modificada por la Ley 22.917 del año 1983, incorporándose en ella, los acuerdos extrajudiciales regulándose como acuerdos preconcursales¹⁵².

Después de ello, le sucedió la Ley 24.522 siendo la base para las siguientes reformas¹⁵³, en ésta al igual que la antiquísima Ley 19.551 se reguló el Concurso Preventivo Y La Quiebra, empero, difieren debido a que la Ley 24.522 *“introdujo un sistema específico para el acuerdo preventivo extrajudicial, mediante la cual se pretende dar un solución preventiva extrajudicial a la crisis empresarial”*¹⁵⁴.

Asimismo, DASSO señala: *“el instrumento concursal más frecuente es el concurso preventivo, que opera exclusivamente a instancia del deudor, dirigido a la obtención de un acuerdo por mayoría con los acreedores y cuyos alcances son oponibles a todos*

¹⁵² GIACOMELLO, Alejandro R. *Acuerdo Preventivo Extrajudicial. ¿Una buena alternativa para evitar y/o superar la insolvencia?*, Rosario, Universidad Abierta Interamericana, 2006, p. 4.

¹⁵³ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I, Op. Cit., p.117.

¹⁵⁴ GIACOMELLO, Alejandro R. Op. Cit., p. 5.

*los acreedores comunes por causa o título anterior a la presentación con efecto novatorio*¹⁵⁵

Esta situación se análoga con el Concurso Preventivo en nuestro país, pues como es de observarse la Ley General del Sistema Concursal en su artículo 108° numeral 4, se establece que “*el acuerdo global de refinanciación aprobado por la Junta obliga al concursado y a todos sus acreedores, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos*”¹⁵⁶. (Subrayado nuestro).

Continuando con la narración del Concurso Preventivo Argentino, dicho procedimiento se divide en dos tipos de procedimientos, el primero de ellos, denominado concurso en caso de agrupamiento, y el segundo, acuerdo preventivo extrajudicial; en la doctrina, se ha postulado que se tratan de “*institutos concursales*” o “*subtipos concursales*”¹⁵⁷, controversia que no será dilucidada en el presente trabajo debido a la complejidad y profundidad del tema.

Realizando un análisis sucinto de los institutos antes mencionados, debemos señalar que el primero de ellos, está destinado a regular las dificultades de una pluralidad de personas vinculadas empresarialmente¹⁵⁸. El presupuesto objetivo es la cesación de pagos, sin embargo, en algunas situaciones basta la etapa preliminar de la cesación de pagos, entendemos por dicha etapa, las dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones, bastando en este caso que uno de los integrantes del grupo empresarial se encuentre en tal situación, pues se considera que tal situación puede afectar a los demás, por ser una agrupación¹⁵⁹.

Por otro lado, el acuerdo preventivo extrajudicial “*consiste en una negociación privada de naturaleza contractual que vincula al deudor en algunos sistemas con*

¹⁵⁵ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I, Op. Cit., p.118

¹⁵⁶ De conformidad con el artículo 108.4 de la Ley General del Sistema Concursal.

¹⁵⁷ GIACOMELLO, Alejandro R. Op. Cit., p. 5

¹⁵⁸ DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I, Op. Cit., p.135

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 118.

*todos los acreedores (criterio de la unanimidad) o bien con parte de ellos*¹⁶⁰. Tiene como fundamento la rapidez, la economía en el gasto, lo que consideramos no logró el atractivo deseado, fue que hubo mucha inseguridad entre las partes del procedimiento, debido a que si un acreedor que no negociaba ejecutaba en algún otro procedimiento el cobro de su crédito, eso iba en contra de la masa concursal, afectando el acuerdo entre los acreedores que si decidieron negociar y el deudor. Es por ello que, con las modificaciones realizadas se previó la situación mencionada, estableciéndose que a la presentación del acuerdo para su homologación se suspendía las acciones del contenido patrimonial¹⁶¹.

Para concluir es preciso señalar que, el Derecho Concursal Argentino deja entrever que enfoca su Sistema a la prevención de la crisis, pues como se ha mencionado, si bien regula el Procedimiento de Quiebra, enfoca los demás procedimientos en la protección de la empresa, siendo necesario destacar, que dicha Ley regula a su vez, la conversión de Quiebra al Concurso Preventivo, reluciendo con ello, el enfoque preventivo de la normativa.

E. Derecho Concursal Chileno

La Legislación Concursal Chilena tiene su inicio con la Ley de quiebras 18.175, debemos hacer un pequeño paréntesis, detallando que del análisis realizado a las legislaciones mencionadas en el presente capítulo, se ha observado que todas han iniciado sus Sistemas Concursales enfocados en el procedimiento de Quiebra, para después modificar el enfoque a uno más conservador, que tenga como finalidad la preservación de la empresa.

Habiendo realizado este pequeño alcance, debemos continuar analizando la Ley Chilena, siendo así, debemos señalar que la Ley de Quiebras fue modificada por la Ley 20.004 el 08 de marzo, Ley 20.073 el 29 de noviembre y por la Ley 20.080 del 24 de noviembre todas éstas del 2005¹⁶².

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 137.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*, p. 301.

La Ley Chilena actualmente regula la Quiebra y el Convenio Judicial Preventivo, siendo este último análogo al procedimiento analizado como tema central en el presente capítulo, a continuación será explicado brevemente.

“La fórmula preventiva por excelencia es el convenio judicial preventivo que demuestra algunas características sumamente interesantes, con una clara evanescencia de las potestades judiciales y que colocan al sistema entre que aquellos más marcadamente definitivos del acuerdo como una relación eminentemente privatista”¹⁶³.

Este procedimiento se da a manera de prevención y corresponde al deudor su inicio, empero, la interrogante que prevalece en el Sistema Chileno, es que si realmente existe un Sistema Preventivo y de Salvataje o solo existen los instrumentos regulados en el ordenamiento, pero resultan ineficaces para cumplir con su finalidad y prima el Sistema Liquidatorio¹⁶⁴.

Ese cuestionamiento también es válido hacerlo en referencia a nuestro ordenamiento, si bien como se ha señalado en el transcurso del presente capítulo, consideramos que el Concurso Preventivo es el procedimiento más eficiente, pues como lo explicábamos en el subcapítulo referente a la crisis, es muy importante detectar la crisis en su etapa germinal, para de esa manera erradicarla y no estar propenso a que dicha circunstancia anómala siga creciendo por no actuar adecuadamente. Además señalábamos, que si bien hay tipos de crisis que son casi imposibles de detectar, si es posible combatirla en sus inicios, y esa función y finalidad tiene el Concurso Preventivo.

Como se consideró a lo largo del desarrollo del Derecho Concursal Peruano, no solo bastaba un procedimiento para reflotar las empresas en caso de crisis o insolvencia, pues no se mostraba con esta medida la totalidad del principio de

¹⁶³ Ibíd., p. 309.

¹⁶⁴ VEGA SEGURA, Patricio Rodrigo. *Análisis del convenio judicial preventivo como mecanismo de conclusión concursal alternativo a la liquidación de la empresa en la ley 20.073*, Tesis para obtener el grado de Licenciado, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2010, p. 21.

protección del patrimonio del deudor, es por dicha razón que se incorporó el procedimiento preventivo, como una opción anticipada para aquellas empresas que atraviesan problemas económicos o de cualquier otra naturaleza, los cuales mediante una buena gestión podrían ser superados. Es decir, en la etapa de síntomas, reconociendo y atacando el problema.

A continuación, analizaremos los procedimientos recogidos a lo largo del Derecho Concursal Peruano, y de una manera sucinta analizaremos los requisitos y desarrollo de cada uno de ellos, para de esa manera establecer una comparación con el procedimiento preventivo y apreciar, cuales son las deficiencias o suficiencia de los procesos, y en qué proporción han sido acogidos por la sociedad.

CAPÍTULO 3

MECANISMOS PARA OPTIMIZAR EL CONCURSO PREVENTIVO

Podemos condensar lo dicho hasta aquí en que el Sistema Concursal es el medio por el cual los acreedores afectados puedan negociar con la empresa (deudor) en insolvencia, proporcionando un ambiente idóneo para que sean estos junto al deudor concursado, dependiendo de los intereses conjuntos, quienes puedan llegar a un acuerdo analizando la situación en la que se encuentra la empresa. Asimismo, éste Sistema tiene como finalidad la protección del crédito, debido a la crisis por las que suelen atravesar las empresas, causando perjuicio a los acreedores que confiaron en ellas al momento de concederles el crédito.

Consideramos además, como idea central que el procedimiento más eficiente para evitar la crisis es el Procedimiento Concursal Preventivo, debido a que la empresa no se encuentra en insuficiencia patrimonial¹⁶⁵ o en una cesación de pagos, sino en una fase previa, se podría decir que es un indicio o señal de que podría ocurrir una crisis, pero que en estos casos la situación y el problema son controlados, previsibles y de cierto modo si se quiere ver así manejables¹⁶⁶. Esta es la primera fase de la crisis, como lo señalamos en el capítulo anterior, de los síntomas, en donde el deudor o el órgano de control encargado de la empresa, podría detectar cierta anomalía en el curso ordinario de la empresa, que si es detectada y gestionada adecuadamente, el problema puede ser superado.

¹⁶⁵ Un determinado deudor no tenga bienes suficientes, no tenga liquidez, para atender sus obligaciones corrientes, para pagar a todos sus acreedores. Cfr. DE CASTRO VITORES, German. *Insuficiencia del patrimonio del acreedor y organización de la concurrencia de créditos*. Derecho Civil II, 2007, [Ubicado el 25.I.2018] Obtenido en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/5499/1/Dc2.%20Ficha.%20Concurrencia%20y%20prelaci%C3%B3n%20de%20cr%C3%A9ditos.%202007.pdf>.

¹⁶⁶ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Más vale prevenir que lamentar: la importancia del Concurso Preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana*. Op. Cit. p. 190.

Sin embargo, la Ley General del Sistema Concursal no solo regula¹⁶⁷ actualmente, éste procedimiento sino dos; por un lado, el procedimiento ordinario, siendo éste un procedimiento típico, general y común, utilizado mayormente para afrontar situaciones de crisis ya manifestadas. Es decir, una imposibilidad de satisfacer las obligaciones de sus acreedores, es por ello que este procedimiento podrá ser iniciado tanto a solicitud de los acreedores como del deudor. Los acreedores y el deudor en junta, decidirán por el destino de la empresa, lo cual les permitirá llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes (es lo deseable). De ser el caso, a una reestructuración, decidiendo con ello, por la continuación de las actividades del deudor en un plazo establecido sin poder excederse, en caso contrario, se decidirá por la salida ordenada del mercado de la unidad productiva, es decir, la empresa no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio, en consecuencia se disolverá para luego liquidarse.

Por otro lado, un procedimiento especial, alternativo, “*destinado al refinanciamiento de obligaciones de un deudor ante la imposibilidad inmediata de pago o su dificultad de honramiento futuro*”¹⁶⁸, y solo podrá ser iniciado exclusivamente a solicitud del deudor, denominado Procedimiento Concursal Preventivo. Debido a que tiene una finalidad preventiva como se desprende de su propio nombre, anticipando la situación de insolvencia¹⁶⁹, y este procedimiento se da por medio de un Acuerdo Global de Refinanciación, el cual deberá contener el cronograma de pago a realizarse.

La diferencia entre uno y otro procedimiento, es que el primero de ellos arrastra una insatisfacción del crédito, es por ello que se brinda los mecanismos adecuados para la protección del crédito, y serán los acreedores quienes decidan,

¹⁶⁷ Título II y Título IV de la Ley General del Sistema Concursal - Ley N° 27809.

¹⁶⁸ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Más vale prevenir que lamentar: la importancia del Concurso Preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana*. Revista *Ius et Veritas* – PUCP, edición N° 20, Lima 2000, p.184.

¹⁶⁹ La insolvencia es el estado económico o financiero en virtud del cual un patrimonio resulta insuficiente para atender, oportuna o definitivamente, las obligaciones contraídas con cargo a él. Cfr. ECHEANDIA CHIAPE, Luis Francisco. *Odisea Concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador*. Revista *Ius et Veritas* – PUCP, edición N° 22, Lima 2001, p. 203.

debido a que serán ellos mismos quienes deberán proteger de mejor manera la recuperación total o en gran parte de su crédito.

En cambio en el caso del Procedimiento Concursal Preventivo la finalidad directa de este procedimiento no es proteger el crédito, ya que, aun no hay una afectación, lo que se busca proteger es el fortalecimiento patrimonial del deudor, y de ese modo si se protege el patrimonio (la empresa), con ello el giro del negocio, y en consecuentemente se protegerá así los créditos otorgados y ambos agentes verán más satisfechos sus intereses.

Estos dos procedimientos establecidos en el Sistema Concursal Peruano, son de aplicación excluyente, por lo tanto, una empresa que desee ingresar al Procedimiento Concursal Ordinario no puede optar a su vez por el Procedimiento Concursal Preventivo, o viceversa, sino que tendrán que sincerar ante el INDECOPI la situación financiera por la que atraviesan para solicitar el procedimiento más adecuado dependiendo de su estado actual¹⁷⁰. Pero más que una acepción o fines diferentes, ambos procedimientos, comparten una idea común y es la de hacer un uso eficiente y oportuno de las normas concursales, lo que redundará en la eficacia del Sistema. Son por lo tanto procedimientos que tratan de proteger la finalidad del procedimiento concursal, sin menoscabarse uno respecto al otro.

Es preciso recalcar que, en la realidad se presenta una situación adversa, ocasionando grandes dificultades, debido a que las empresas llegan al procedimiento concursal, cuando ya se encuentran inmersas en una crisis, que abarca tanto las deficiencias de la empresa para continuar con las actividades propias del negocio, un deudor tratando de negociar con un gran número de acreedores. Y aunado a ello, la dificultad que genera ponerse de acuerdo con la infinidad de acreedores a quienes no se les puede pagar o que tienen en riesgo el

¹⁷⁰ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *El Derecho Concursal ha muerto. ¡Viva el nuevo Derecho Concursal!* Revista Legal Express N° 35, N° 35, 2003, p.2.

pago de sus créditos¹⁷¹, debido a la escasez del patrimonio concursado para hacer frente a dichas demandas, es casi imposible. Y es precisamente por estas circunstancias, en que muchas empresas que se acogen a los procedimientos concursales, terminan sin el pago de los créditos y generando gran frustración porque el Sistema Concursal no facilita que los créditos se paguen¹⁷².

Consideramos que el problema central de la crisis va mucho más allá de las dificultades que atraviesan las empresas, de la escasez del patrimonio de la empresa o que el Sistema Concursal no facilite el pago de los créditos. El problema se origina más allá de todo ello, es un problema social y cultural “*los empresarios solicitan el concurso demasiado tarde, cuando su situación está ya demasiado deteriorada para llegar a un acuerdo, satisfacer a los acreedores y salvar la empresa*”¹⁷³.

Es decir, los empresarios en primer lugar, dejan pasar las señales sobre la situación previa a la crisis, y en segundo lugar, si es que las detectan y consideran como opción acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo, consideran éstos, que dicha acción supondrá el desmoronamiento total de la empresa, debido a que al enterarse los acreedores y clientes de su actual situación, no querrán arriesgarse por una empresa en “*dificultades*” y esto supondría el desvanecimiento de toda esperanza de recuperación de la empresa.

Sin embargo, la estigmatización para evitar los resultados mencionados con un ingreso de la empresa al Procedimiento Concursal Preventivo, termina inevitablemente, en los mismos resultados y de una manera más intensificada, debido a que una empresa que no se acoge cuando la crisis está en su etapa

¹⁷¹ HUASCAR EZCURRA; ROJAS, Juan Francisco y SILVA, Hugo. *Apreciaciones de un debate inconcluso. Los múltiples objetivos de una ley concursal con una única finalidad*. Revista Ius et Veritas- PUCP, edición N° 37, Lima 2003, p. 292.

¹⁷² *Ibíd.* p. 293.

¹⁷³ RODRIGUEZ PRIETO, Fernando, *Inconvenientes de nuestro sistema concursal, un error proyectado y una solución para insolvencias empresariales*. Publicado en Concursal, Crisis económica, Mercantil, Resolución Alternativa de conflicto, 23 de Mayo 2013. [Ubicado el 15.X.2017] Obtenido en <https://hayderecho.com/2013/05/23/inconvenientes-de-nuestro-sistema-concursal-un-error-proyectado-y-una-verdadera-solucion-para-las-insolvencias-empresariales/>

germinal, termina en muchas ocasiones en la incapacidad para afrontar el deterioro de la empresa, y los acreedores ni los clientes confiaran en ella.

Una crisis que se podía evitar acogiéndose al Procedimiento Concursal Preventivo, termina en la insuficiencia de pago y con ello la liquidación de la empresa (de ser el caso); es por ello que en este trabajo se procurará describir una de las alternativas y mecanismos que brinda el Sistema Concursal, sin desmerecer los beneficios de un Procedimiento Concursal Ordinario.

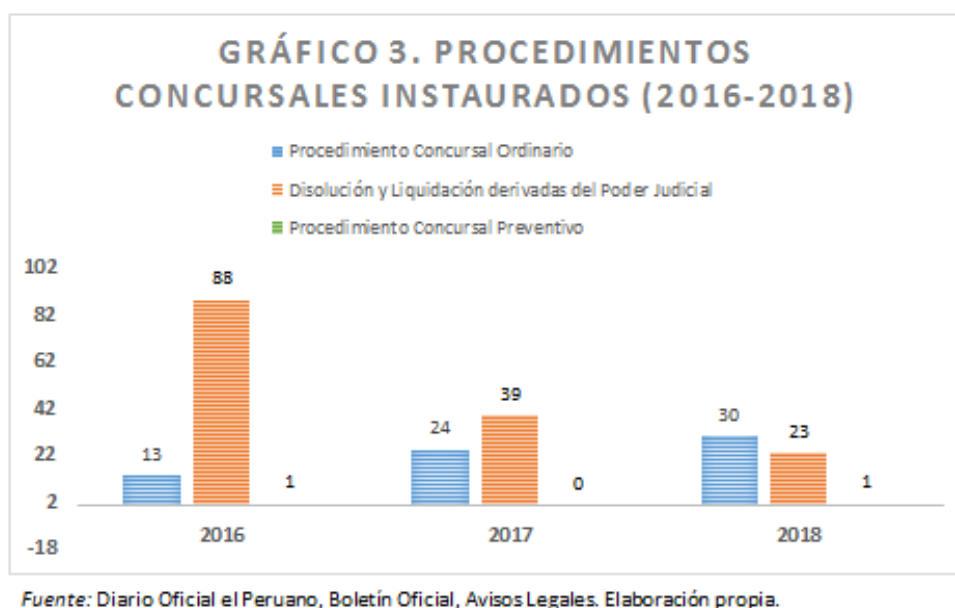
Consideramos, sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo precedente que el Procedimiento Concursal Ordinario, es una medida adecuada, pero solo en los casos en que la crisis ya sea irreversible y no se pudo evitar o fue muy tardío el conocimiento de ella, este procedimiento debería usarse en menor medida, no como el único procedimiento que brinda el Sistema Concursal, pues como se ve hoy en día en la realidad peruana, la gran mayoría de procesos iniciados en el Sistema Concursal son de Procedimientos Concursales Ordinarios, como se verá a continuación.

3.1. Estadísticas de los procedimientos concursales acogidos entre los años 2016 y 2018

Previamente, es necesario recordar que la cantidad de empresas acogidas al Sistema Concursal es minúscula en comparación con la cantidad de empresas existentes en el Perú a lo largo de los años estudiados, pues como se señaló en el segundo capítulo de la presente, en el año 2016, según se observa del gráfico realizado por el INEI, hubo la cantidad de 15,261 empresas en dicho año, en el año 2017 en el último trimestre, una cantidad de 33,698 empresas, por último, para el segundo trimestre del año 2018- tomando ese dato por ser el último trimestre censado- una cantidad de 36,037 empresas. Ahora bien, corresponde apreciar cuantas empresas se han acogido a cada uno de los procedimientos que brinda el Sistema Concursal en cada uno de los años mencionados.

La presente investigación se halla dentro de un marco temporal y geográfico, en cuanto a la primera variable solo nos referiremos al periodo entre los años 2016 y 2018 y en cuanto al ámbito geográfico al territorio peruano, toda vez que de este modo será posible medir el impacto del Sistema Concursal para su acogimiento en la sociedad peruana.

Gráfica 4: Procedimientos Concursales instaurados (2016-2018)

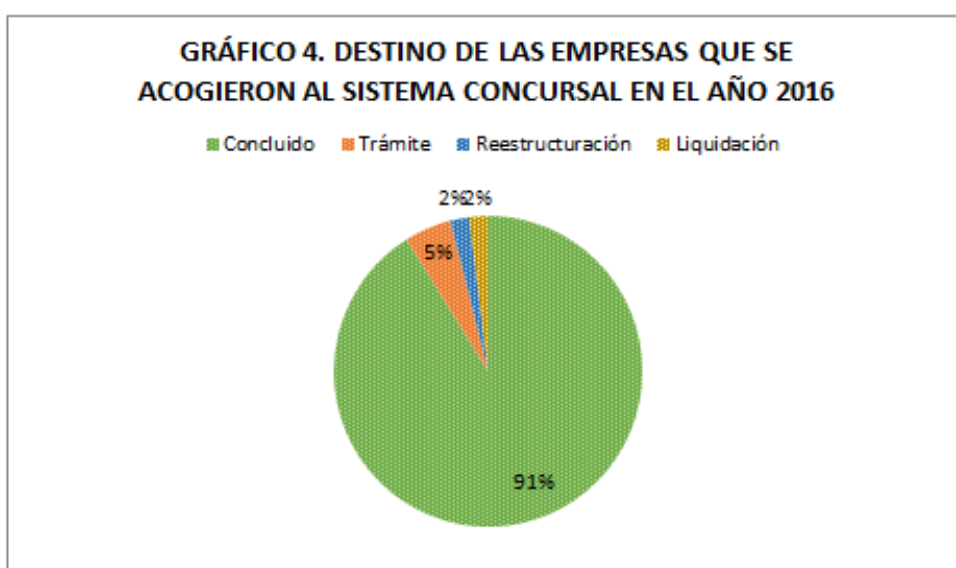


Según la información recopilada en el gráfico N° 2, entre el año 2016 y 2018, el número de solicitudes para acogerse al Sistema Concursal independientemente del tipo de procedimiento ha disminuido de 102 empresas acogidas en el año 2016 a tan solo 54 empresas en el año 2018.

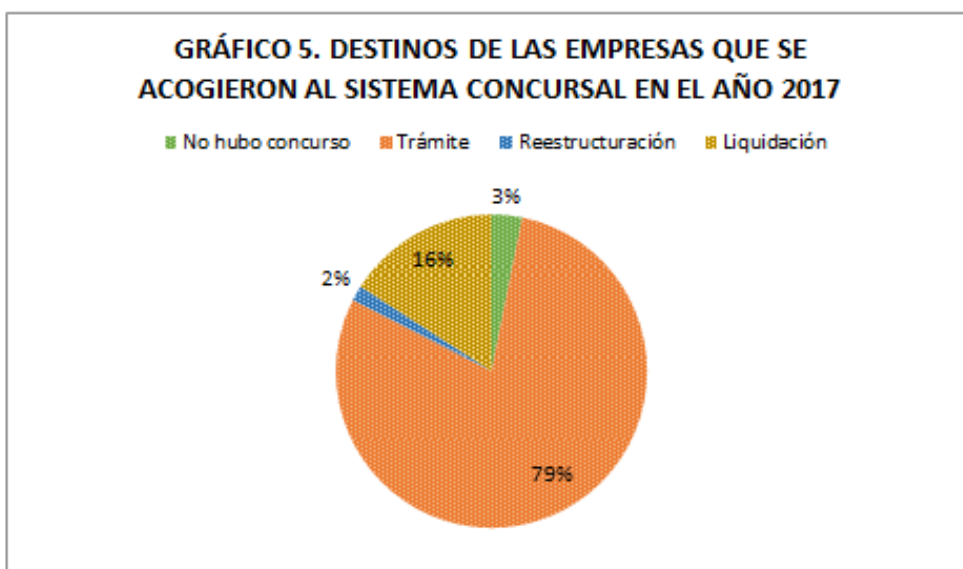
Asimismo, el gráfico N° 3, muestra que el Sistema Concursal en el año 2016 estuvo saturado de procedimientos iniciados en vía judicial, como bien se ha señalado en el primer capítulo, si bien con la entrada en vigor de la Ley de Reestructuración Empresarial se desjudicializo el proceso concursal, encomendado a una instancia administrativa el manejo de los procedimientos, en el año 2014, con la incorporación de la Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos, el juez mediante resolución judicial, en la cual se le imponía el cumplimiento de obligaciones frente a un acreedor y, en caso de

incumplimiento por parte del deudor, el juez solicitaría que dentro del quinto día señale sus bienes libres de gravamen para la respectiva ejecución judicial. De lo contrario, la autoridad judicial declarararía la disolución y, liquidación del patrimonio del deudor, por lo cual el juez remitiría de oficio los actuados a la autoridad concursal para que esta publique la disolución y liquidación del deudor concursado, es por dicha razón, que la mayoría de procedimientos tramitados en el INDECOPi son disoluciones y liquidaciones iniciadas en el Poder Judicial. De lo mencionado, consideramos que es un gasto en vano de recursos humanos y materiales, los cuales pueden ser usados para mayor celeridad en los otros procedimientos, pues se aprecia que los recursos asignados resultan insuficientes.

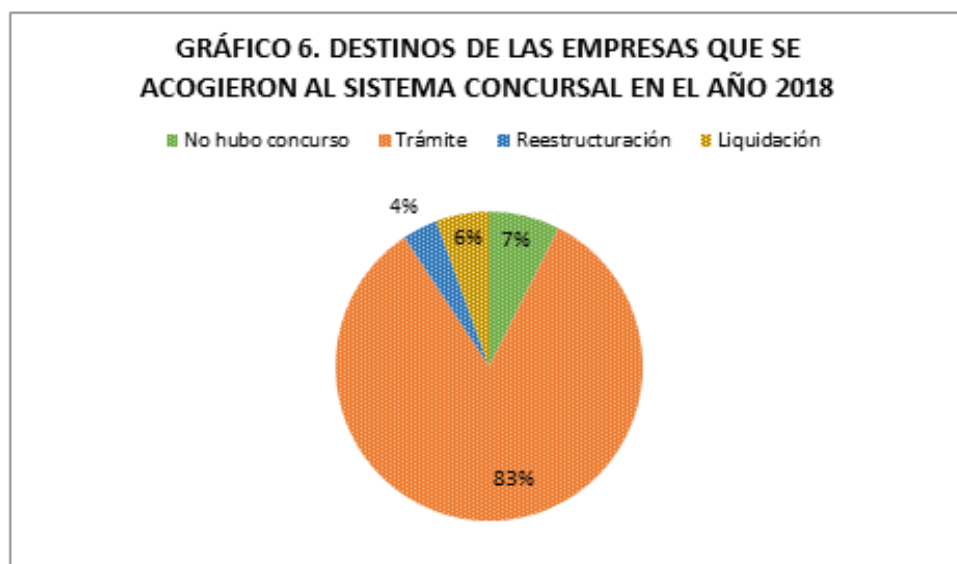
Gráfica 5: Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2016



Gráfica 6: Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2017



Gráfica 7: Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2018.



Otro indicador es el destino que tuvieron las empresas que se acogieron al Sistema Concursal, como es de observarse en la gráfica N° 4, los procesos instaurados en el año 2016, el 91% han sido concluidos a la fecha, el 5% sigue en

trámite, una cantidad menor a diferencia de los procesos concluidos, pero que debería ser nula, pues han pasado más de dos años, y resulta difícil de creer que un proceso dure tanto tiempo.

Asimismo, en la gráfica N° 5, se puede observar que para el año 2017, 79% de las empresas siguen en trámite a marzo del 2019, el 16% están en liquidación y solo el 2% de empresas fueron capaces de resistir una reestructuración, si comparamos fuera de las empresas en proceso de trámite, hubo mayor cantidad de empresas que serán liquidadas, es posible suponer que la mayor proporción de empresas insolventes se liquide debido a múltiples razones que decida de la Junta de Acreedores.

Por último, en el gráfico N° 6 se ha señalado el destino de las empresas acogidas al Sistema en el año 2018, el seguimiento realizado a las empresas acogidas para verificar el estado en el que se encuentran se ha realizado en Marzo del año 2019, es decir, a dicha fecha las empresas acogidas en el 2018, el 83% de éstas siguen en trámite, considerando como en trámite, las empresas con estado de publicación de insolvencia, en publicación para que los acreedores presenten sus créditos, en junta convocada, como se mencionó en el desarrollo del trabajo, el Procedimiento Concursal Ordinario, en las vías que se opte, es más lato y tedioso, pues como se observa, al haber transcurrido un año y medio, en el caso de algunos procesos iniciados a inicio del año 2018 siguen en tramitación.

En síntesis, los procesos concursales ordinarios tienen una duración muy larga, tal vez esa es una de las razones por la cual las empresas han dejado de acogerse, pues como vimos en el gráfico N° 2, el descenso de las empresas ha sido significativo en el marco temporal analizado. Sin perjuicio de lo mencionado, es claramente visible a su vez que el Procedimiento Concursal Preventivo, es el procedimiento menos usado, consideramos que la finalidad de prevención realmente no se cumple, se podría presumir que resulta un instrumento regulado en el ordenamiento, pero con aplicación práctica ineficaz para cumplir con su finalidad. A continuación, analizaremos dos casos suscitados en el Perú, de dos empresas acogidas al Procedimiento Concursal Preventivo, y cuáles fueron los

resultados de dicha incorporación, para observar de esa forma las razones que generan que los deudores concursales no se acojan al mencionado procedimiento.

3.2. Análisis de casos de procedimientos concursales preventivos

Los casos analizados se centraran en dos casos concursales emblemáticos, el primero de ellos, el caso Mavila Hnos. S.A y el segundo, de Bakelita y Anexos – BASA. Con la finalidad de diferenciar de una manera muy sucinta, los resultados obtenidos en el acogimiento de los procedimientos.

3.2.1. Caso Mavila Hnos. SA

Previamente al análisis del Procedimiento Concursal Preventivo realizaremos una pequeña reseña de la empresa.

A. Reseña

La empresa en mención fue fundada en 1951 dedicada a la comercialización de productos de transporte menor, artefactos y motores. Si bien, el rumbo de la empresa resultaba positivo, para la segunda mitad del año 1995, la empresa contaba con gran mercadería en stock que no pudo vender, pues la demanda de productos se contrajo, dando como resultados perdidas ese año. En el año 1996, a pesar de las innovaciones incorporadas para adecuar las mototaxis al medio peruano, en las municipalidades de Piura y Chiclayo, se prohibieron el ingreso de mototaxis al centro, perjudicando así las ventas, generando una fuerte disminución. En el año 1998 a causa de la crisis asiática y rusa se produjo el corte de créditos bancarios, lo cual dejó a Mavila en imposibilidad de cumplir con los compromisos asumidos con sus proveedores y bancos, es a fines de ese año,

que la empresa Mavila intensificó su campaña de reducción de gastos, la cual continuo durante el año siguiente¹⁷⁴.

Si analizamos lo señalado en el párrafo precedente, reconoceremos que lo descrito fueron los denominados “síntomas”, es decir, la primera fase de la crisis, y es como resultado de causas externas como por ejemplo, la mercadería en stock, la prohibición de ingreso de mototaxis, y la crisis instaurada en Asia y Rusia. Ahora bien corresponde analizar propiamente el acogimiento de la empresa al procedimiento concursal preventivo.

B. Resumen del Proceso

Según la Información Concursal (IFCO) del INDECOP¹⁷⁵, el 01 de diciembre del año 2000, la solicitud presentada por la empresa fue admitida, el 11 de diciembre el concurso fue publicado, con la finalidad de que los acreedores soliciten el reconocimiento de sus créditos, siendo así, es después de casi cuatro meses que el 23 de abril del 2001 se convoca a Junta, y el 22 de mayo del 2001, un mes después, la Junta se instala, y finalmente el 03 de julio del mismo año se aprobó el acuerdo, empero luego de la nulidad del acuerdo, el día 30 de setiembre del 2002, es aprobado el acuerdo.

Cabe hacer un hincapié en el punto referente a la Nulidad, pues, el 3 julio de 2001, la Junta de Acreedores decide aprobar el Acuerdo Global de Refinanciación, presentado por la empresa Mavila Hnos. S.A. Sin embargo, el 30 de octubre de 2001, AFP Integra observó el acuerdo y solicitó la nulidad del mismo. El 26 de noviembre de 2001, mediante Resolución N° 3383-2001/CRP-ODI-CÁMARA, la Comisión de Reestructuración Patrimonial declaró de oficio la nulidad del Acuerdo Global de Refinanciación y solicitó al Presidente de la Junta, Banco Wiese Sudameris, convoque a una nueva Junta de Acreedores. Asimismo,

¹⁷⁴ CARBONEL O'Brien, Esteban. El sistema concursal. Una mirada a la novísima legislación, Barcelona, 2009, pp. 33-34. [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiCsYuFs4ziAhXLrFkKHTBKAw4QFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fvlex.com.pe%2Fsource%2Fsistema-concursal-peru-4616&usg=AOvVaw3lcqnV8fd9rnd-4i4Z9SO>

¹⁷⁵ http://servicio.indecopi.gob.pe/e-value/pgw_infoXDeudor.seam

mediante Acta de Junta de Acreedores de 30 de setiembre de 2002, se aprobó el nuevo Acuerdo Global de Refinanciación, el cual contempló las correcciones necesarias en cuanto a los derechos preferentes de los créditos laborales y previsionales, observados por AFP Integra¹⁷⁶.

C. Análisis del caso

Un punto importante que deseamos señalar es sobre los indicios de la crisis, si éstos eran claros desde el año 1995 y 1998, si bien estas causas no dependieron al manejo directo de la empresa o su organización, pues como se señaló en los párrafos precedentes, fueron debido a causas externas, las cuales son inevitables, pues son situaciones inesperadas, estas debieron ser atacadas adecuadamente, y no esperar tanto tiempo para acogerse a la protección del Sistema Concursal, pues como se mencionó, es recién en el año 2000 que ingresan al Procedimiento Concursal Preventivo.

Otro punto importante por señalar, es la demora en el procedimiento en mención, si bien la empresa se acoge al Procedimiento Concursal Preventivo, con los indicios de una crisis, hasta que la Junta se instale y se decida la aprobación o no del Acuerdo Global de Refinanciación, la crisis se ha intensificado, pues, de lo suscitado en el caso en concreto, en diciembre del 2000 se admitió el procedimiento, es recién en mayo del 2001, casi cinco meses después, para decidir sobre el destino del deudor, es un periodo muy largo para evitar que la crisis no estalle, y como si fuera poco, por un error en la contemplación de preferencias de crédito, el Acuerdo Global fue declarado nulo, teniéndose que convocarse nuevamente a Junta y Aprobarse un nuevo Acuerdo Global de Refinanciación, en setiembre de 2002, casi dos años desde su admisión, situación que tal vez se hubiera evitado si la entidad administrativa contará con más recursos tanto humanos como materiales, para verificar de una manera más detallada cada crédito, evitando con ello, el tiempo perdido que tiene como consecuencia el deterioro económico de la empresa.

¹⁷⁶ BARRETO NUÑEZ, Yessenia; ESPINOZA SILVA, Olinda; y otros. *Análisis del Impacto del Proceso Concursal sobre la Marca Efectos Jurídicos y Económicos*, Centro de Investigación de Derecho Concursal y Propiedad Intelectual, Lima, 2003, pp.54-55

3.2.2. Caso Bakelita y Anexos S.A.- BASA

Realizaremos el análisis del procedimiento concursal preventivo de la referida empresa:

A. Reseña

En abril de 1949, los accionistas fundadores de Basa, decidieron constituir una empresa, con el objeto principal de fabricar bienes de material plástico en sus diversas modalidades y el desarrollo de actividades comerciales tanto nacionales como internacionales. Por el año 1997, el cambio en la política económica determinado por la globalización y la libre competencia al interior del mercado peruano generaron que Basa, se viera obligada a invertir fuertes cantidades de dinero para incrementar su productividad vía la adaptación de su tecnología a los estándares internacionales, el cierre de algunas líneas de producción, así como un programa de reingeniería al interior de la empresa, lo cual generó en Bakelita y Anexos S. A., una aguda crisis financiera¹⁷⁷.

B. Resumen del Proceso

Según la Información Concursal (IFCO) del INDECOPI, con fecha 03 de diciembre de 1997 la empresa deudora Bakelita y Anexos S., presenta la solicitud para acogerse al Procedimiento Concursal Ordinario. El 9 de Enero de 1998 el INDECOPI declaró la insolvencia de BASA y se encomendó a la secretaría técnica de la Comisión de Reestructuración Patrimonial la realización de la convocatoria a Junta de acreedores de la mencionada empresa.

Cabe precisar que, previamente al acogimiento al Proceso Concursal Ordinario, la empresa mencionada se acogió al Proceso Concursal Preventivo, el cual mediante Junta del 27 de noviembre de 1997 no se aprobó el Acuerdo Global de Refinanciamiento, y por dicha razón, fue presentado por el Banco de Lima

¹⁷⁷ CARBONEL O'Brien, Esteban. El sistema concursal. Una mirada a la novísima legislación, Op.cit., p.18.

(acreedor de la mencionada empresa) posteriormente la solicitud para el ingreso al procedimiento, a la cual BASA no se opuso a la declaración de insolvencia, pues era consciente de la difícil situación financiera por la que atravesaba la empresa¹⁷⁸.

C. Análisis del caso

Un punto importante para analizar del presente caso, es lo referente a la desaprobación del Acuerdo Global por parte de la Junta, debemos recordar, que la Junta de Acreedores velará por los intereses conjuntos y decidirá sobre el destino del deudor dependiendo de la viabilidad de la empresa, en el caso en concreto, la empresa se encontraba en una mala situación, debido a las razones mencionadas anteriormente, debiendo hacerse hincapié para señalar que el Procedimiento Concursal Preventivo, es una herramienta que *“implica que la empresa ingresa al Sistema Concursal en una etapa temprana de los problemas de pago teniendo, por tanto mayores posibilidades de que el acreedor decida la continuación del negocio”*¹⁷⁹, debiendo usarse, como se mencionó cuando la crisis está en su etapa germinal, no cuando ya la situación de la empresa se encuentra deteriorada, con la finalidad aprovecharse del Sistema y suspender la exigibilidad de las obligaciones por parte de sus acreedores, pues sucederá lo del caso en mención, es tiempo perdido, que aumenta el deterioro de la empresa, pudiendo sincerarse y acogerse al procedimiento que más se adecua a su situación.

Consideramos que pese a un gran esfuerzo por parte del Sistema Concursal, su finalidad, no se ve reflejada en la proporción que se quisiera, y en menor medida la del Procedimiento Concursal Preventivo, por lo que es de considerar que mecanismos se puede incorporar al Procedimiento Concursal Preventivo, con la finalidad de hacer con ello más eficiente y eficaz el Sistema Concursal. Previamente a la determinación de dichos mecanismos, es necesario apreciar de manera precisa, cuáles fueron los aportes más importantes incorporados en los procedimientos concursales a lo largo de la evolución del Sistema Concursal.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 18-19.

¹⁷⁹ CHONCHA, Mauricio y LLADÓ Jorge. Op. Cit., p. 35.

3.3. Clases de concursos y sus aportes

Al inicio del presente capítulo se señaló la existencia actualmente de dos procedimientos, siendo estos, el Procedimiento Concursal Ordinario y Preventivo, pero no son los únicos procedimientos que se regularon a lo largo del Derecho Concursal, a continuación se explicará cada uno de éstos y los aportes que brindaron al Sistema. Además se explicará lo que se mencionó en breves palabras en el primer capítulo, como el Poder Legislativo se encargaba de dictar leyes ad hoc, que regulaban procedimiento en materia concursal, considerándose como una de las deficiencias por las cuales no prosperaba como Sistema, siendo una de éstas, el procedimiento concursal de los clubes de Fútbol, y el procedimiento simplificado, sin perjuicio lo mencionado, cada procedimiento con buenos aportes. Ahora bien, corresponde analizar los procedimientos y sus aportes.

3.3.1. El Procedimiento Simplificado y sus aportes

Recordando lo descrito en el primer capítulo, en cuanto a que la Ley de Reestructuración Patrimonial trajo consigo muchos aportes, entre ellos, es la incorporación a la lista de procedimientos regulados por el Sistema Concursal, el Procedimiento Simplificado, se denomina procedimiento simplificado o abreviado en contraposición del procedimiento general, debido a que éste (el proceso ordinario), es mucho más lato, tedioso, complejo y sobre todo, lo que genera más preocupación a las personas que se acogen a este procedimiento, es que tiene un costo mucho más elevado.

[Es por ello que este procedimiento tiene como finalidad, la aplicación por parte de] *“las Pequeñas y Medianas Empresas, e incluso las Micro Empresas (si sus costos -notariales- así los permitieran), que se encontrasen en dificultades económicas o financieras iniciales y superables, que, por la simplicidad, brevedad y*

bajos costos del Procedimiento, podrían acogerse, dentro de este esquema, a los beneficios de su recuperación y/o refluotamiento”¹⁸⁰.

Los requisitos para acogerse a este procedimiento, están establecidos en el artículo 91º de la Ley mencionada en el párrafo precedente, en el que se señala que cualquier persona natural o jurídica considerada empresa, podrá acogerse al procedimiento simplificado, siempre que el total de sus pasivos no superen las 200 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de inicio del procedimiento. Dándole a los Notarios una competencia de orden cuantitativa¹⁸¹

Entiéndase por empresa según lo establecido en el artículo 1º de la misma Ley:

“Toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios, establecida de hecho o constituida en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras”¹⁸².

La importancia de esta definición radica en que el notario no podrá admitir la solicitud para ingresar a este procedimiento en tanto el deudor no reúna las cualidades para ser considerada una empresa¹⁸³. Consideramos que el notario deberá realizar su labor ceñido a lo establecido en el artículo 1º de la Ley, en donde se establece la definición, debido a que no podría aplicar el procedimiento a un sujeto solicitante que no se adecua al perfil.

Por otro lado, se establece en su artículo 92º que este procedimiento se seguirá ante cualquiera de las notarías en las que el solicitante tenga su sede principal, o

¹⁸⁰ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial. Revista PUC*, edición N° 50, Lima 1996, p.370.

¹⁸¹ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial. Op. Cit.*, p. 371.

¹⁸² Artículo 1 del Decreto Legislativo 845° - Ley de Reestructuración Patrimonial.

¹⁸³ Cfr. SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial. Op. Cit.*, p. 369.

ante cualquiera de las entidades que hubiese celebrado un convenio especial de delegación de funciones con la Comisión de Salida del Mercado del INDECOP¹⁸⁴.

“Aun cuando el numeral 92 de la Ley, conceda al deudor una alternativa, ya sea para optar por una notaría o una entidad Delegada, la enumeración taxativa del Artículo 131º no ha conferido tal facultad a dichas entidades (como si lo hacía en la pre publicación) por lo que, mientras esa omisión no sea expresamente subsanada (...) el conocimiento de esos procedimientos, solo será de exclusividad notarial”¹⁸⁵.

Como ya lo mencionaba al principio de este capítulo, este procedimiento se dio como resultado de la saturación en la tramitación del procedimiento ordinario por parte de la autoridad administrativa¹⁸⁶. Hecha esa salvedad, la tramitación se hará ante cualquier notaria ubicada en la provincia en la que el solicitante tenga su sede social- consideramos que hace referencia a su sede principal- además se deberá acompañar de la siguiente documentación según lo indica el artículo 92º en su segundo párrafo.

El solicitante deberá acompañar la siguiente documentación¹⁸⁷, la información y documentación presentada deberá ser suscrita por el representante legal de la empresa, en caso el Notario considere necesario podrá requerir al solicitante la

¹⁸⁴ CORCUERA GARCIA, Marco y CARBAJAL CARBAJA, Marco. *Legislación Concursal. Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial D. S. N° 014-99- ITINCI y demás Normas Complementarias*. MARSOL editores, Lima, 1999, p. 96.

¹⁸⁵ Cfr. SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El procedimiento simplificado” notarial. Op. Cit.*, p. 368.

¹⁸⁶ BARRAGAN ARQUÉ. Paulino. *Las normas del sistema concursal los procedimientos de insolvencia de las empresas en el Perú*. Op.cit, p. 3.

¹⁸⁷ Artículo 92º Decreto Legislativo 845- Ley de Reestructuración Patrimonial : 1. copia simple del acta de la Junta de Accionistas o del órgano correspondiente en la que conste el acuerdo para acogerse al procedimiento de reprogramación de pagos; 2. información relativa a la empresa, señalando su nombre o razón social, su actividad económica, su domicilio legal y los domicilios y localidades en los que mantenga oficinas o realice actividades productivas, la identidad de su representante legal y los poderes con los que está facultado, así como copia simple de la documentación sustentatoria correspondiente; 3. una relación detallada de sus obligaciones, incluidas las laborales, precisando la identidad y domicilio de cada acreedor, los montos adeudados por concepto de capital, intereses y gastos y la fecha de vencimiento de cada una de dichas obligaciones; 4. una relación detallada de sus bienes muebles e inmuebles indicando los gravámenes que pesan sobre ellos; 5. un proyecto del Convenio de Reprogramación de Pagos el cual deberá contar con los elementos señalados en el artículo 100 de la presente Ley.

presentación del documento adicional con el fin de verificar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 91º.

Como lo explicábamos anteriormente, este procedimiento se caracteriza por su simplicidad y brevedad, debido a que la documentación sustentatoria será calificada por el notario - consideramos la brevedad de la tramitación- dado que este funcionario público tiene menos carga que el INDECOPI, que tiene que calificar infinidad de solicitudes por diversos procedimientos.

Verificado los requisitos formales, así como el monto total de la deuda, el Notario expedirá al solicitante la Autorización Notarial, por la cual autoriza a éste efectuar la convocatoria a Junta de acreedores, en el diario oficial, este procedimiento a diferencia de los otros procedimientos concursales, se caracteriza porque el deudor o empresa deberá notificar a cada acreedor¹⁸⁸.

Así lo establece el segundo párrafo del Artículo 94, cuando señala que adicionalmente:

“el deudor deberá notificar de la convocatoria a cada uno de sus acreedores, mediante documento con constancia de recepción en el que individualizará el crédito según la relación a que se hace referencia en el numeral 7) del artículo 5 de la presente Ley, precisando los montos adeudados por concepto de capital, intereses y gastos, y al que se adjuntará el proyecto del Convenio de Reprogramación de Pagos”¹⁸⁹.

El segundo párrafo del artículo 94º, establece que tratándose de empresas deberán acompañar a la solicitud, el documento que señala la relación detallada de sus obligaciones, incluidas las laborales, los montos adeudados por concepto de capital, intereses, gastos y la fecha de vencimiento de cada una de dichas obligaciones. Además éste documento deberá incluir las obligaciones de carácter

¹⁸⁸ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial. Op. Cit.*, p. 369.

¹⁸⁹ Artículo 94. Decreto Legislativo 845- Ley de Reestructuración Patrimonial

contingente, así como aquellas que se encuentren controvertidas judicialmente, precisando en este caso la posición del deudor respecto de su existencia y cuantía.

Por último mencionado, señala en el último párrafo, que en cualquier etapa del procedimiento, si el Notario verifica que el total de las obligaciones excede del monto establecido de las 200 Unidades de Referencia Tributaria vigentes a la fecha, remitirá todo lo actuado a la Comisión a fin de que ésta tramite la declaración de insolvencia del solicitante según las reglas establecidas en la presente Ley.

Después de publicada la convocatoria y notificar a cada acreedor en forma personal, *“el Notario podrá notificar mediante comunicación notarial directa, o por intermedio del Auxiliar Notarial así como efectuando la Publicación de los respectivos avisos”*¹⁹⁰, para luego instalarse la Junta de Acreedores y se aprobará el *“Convenio de Reprogramación de pagos”*, dos actos diferentes pero según lo establece la Ley debe realizarse en un solo momento procesal¹⁹¹. Consideramos que ha sido regulado de esa forma, por la naturaleza del mismo procedimiento, pues se caracteriza por la brevedad del mismo.

Ahora bien, con la aprobación del Convenio, se termina el procedimiento simplificado, sin embargo pueden presentarse dos situaciones diferentes. En primer lugar, la controversia sobre los créditos que pueden surgir entre el lapso de tiempo que se genera entre la convocatoria a Junta de Acreedores y la instalación de la misma. En segundo lugar, se puede dar una conclusión anticipada del procedimiento simplificado, esta conclusión se puede dar en cualquier momento, claro está, antes de que este termine de manera ordinaria, es decir, con la Aprobación del Convenio, en estos casos el Notario tiene la facultad de expedir la Declaración de conclusión del procedimiento.

¹⁹⁰ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial*. Op. Cit., p. 370

¹⁹¹ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial*. Op. Cit., p. 369

“El Notario, dentro de la secuencia de este Procedimiento, aparte de las facultades Fedatarias y Comprobatorias propias de su función, establecidas por la Ley de la Materia (Nº 26002 Art. 2º), se halla ahora investido, como consecuencia de la Desjudicialización del Procedimiento, de funciones de naturaleza Procedimental, semejantes a las de los Jueces en el Proceso Común”¹⁹².

Entre las facultades o roles que puede realizar el Notario en este procedimiento como se establecen en los artículos del Título VIII designado al procedimiento simplificado.

Tenemos los siguientes roles, como ya se venía mencionando a lo largo de este apartado, la facultad de poder calificar el petitorio y la documentación sustentadora que se adjuntará a este, y además, de solicitar de manera adicional o complementaria otra documentación según lo crea necesario como se estableció en el artículo 92º último párrafo.

Es necesario recalcar que el procedimiento simplificado es estrictamente procedimental, es una creación del Derecho Concursal Peruano, no existe antecedente legal al respecto en ámbito de derecho comparado, es pues, otra de las modalidades del criterio de la desjudicialización¹⁹³.

En resumidas cuentas, este procedimiento finaliza con la Aprobación del Convenio de Reprogramación de Pagos, en los términos en los que hayan acordado las partes y de esa manera terminara toda intervención notarial con la respectiva acta de levantamiento¹⁹⁴. De lo señalado, cabe una salvedad, al aprobar el Convenio de Reprogramación de Pagos. Este deberá cumplir una formalidad y es la de inscribir dicho convenio en el registro correspondiente, como lo establece el artículo 99º en el primer párrafo, al tratarse de personas jurídicas se inscribirá en el Registro Mercantil y al tratarse de personas naturales, en el

¹⁹² Ibíd. p. 370

¹⁹³ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *Ley de reestructuración patrimonial. El “procedimiento simplificado” notarial. Op. Cit.*, p. 371.

¹⁹⁴ Ibíd. p. 380.

registro personal, para ambos registro bastara una copia certificada notarial del respectivo documento.

3.3.2. El Concurso de los Clubes Deportivos de Fútbol

“En un acto que muchos vieron como la esperada reacción gubernamental ante la caótica situación del futbol peruano, el Poder ejecutivo dicto el Decreto de Urgencia N° 010-2012, una norma con rango de ley (del Congreso) que estableció un trato excepcional para las personas jurídicas dedicadas a “actividades deportivo – futbolísticas” ante su eventual sometimiento al sistema concursal”¹⁹⁵.

El gobierno el 5 de marzo del año 2012 emitió un Decreto de Urgencia en respuesta de una crisis económica financiera de los clubes de futbol, en general de toda actividad deportivo futbolística, el Decreto de Urgencia N° 010-2012¹⁹⁶.

“[El mencionado Decreto de Urgencia se denominó] medidas de urgencia para la reestructuración y apoyo de emergencia a la actividad deportivo futbolístico, y como lo establece la misma norma, teniendo como objeto dictar medidas urgentes, excepcionales y transitorias a fin de establecer reglas expeditivas a la actividad deportivo futbolística”¹⁹⁷.

“[Mediante esta implementación se] dispone que por mandato de los acreedores propiciar el sinceramiento financiero de los más emblemáticos equipos de fútbol del medio, sacándolo de la informalidad en que se habían subsumido, y, erradicando a su vez, su cuestionado aparato directriz que tanto daño les venía haciendo”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Op. Cit. ROBILLIARD D'ONOFRIO, p. 412.

¹⁹⁶ Op. Cit. CARBONELL O' BRIEN, p. 46.

¹⁹⁷ NORIEGA LUDWICK. José Luis. El derecho deportivo y la insolvencia de los Clubes emblemáticos del fútbol peruano. Revista de Actualidad Mercantil N° 3, 2014, p 63.

¹⁹⁸ Ibíd. p 63.

Después de la publicación del presente Decreto de Urgencia se comenzó a cuestionar la constitucional de este decreto por la materia que abordaba, por la urgencia de la dación y por los intereses que protegía, debido a que esta categorías de normas es reservadas exclusivamente para materias económicas y financieras.

Es por ello que esta norma tuvo vigencia hasta el 6 de Mayo del 2012, fecha que se publicó la Ley 29862 denominada Ley para la Reestructuración Económica y de Apoyo a la Actividad Deportiva Futbolística en el Perú, la cual se encuentra vigente hasta la fecha¹⁹⁹. Esta Ley replica el Decreto de Urgencia derogado, de alguna manera, para evitar los cuestionamientos sobre la constitucionalidad o el alejamiento de las reglas generales²⁰⁰.

Se creó este procedimiento como un régimen concursal especial, debido a sus características, por ser excepcional y de emergencia, por la situación en la que atravesaban en ese momento algunos clubes de futbol en nuestro país.

“Lejos de ser sola una norma para acelerar el sometimiento de los clubes de futbol al sistema concursal, el D.U. adelantó la oportunidad en la cual los administradores de estos quedarían apartados de sus cargos, forzó a los acreedores a tener que aceptar la reestructuración de estas empresas (aunque su liquidación fuese lo más eficiente) y, además, les quitó el derecho a dirigir el proceso de restructuración, al restringir las funciones de la junta de acreedores a designar a los administradores y establecer nuevas condiciones de pago para las deudas”²⁰¹.

Previamente a detallar el proceso de éste procedimiento, comentaremos de manera sucinta la coyuntura que originó la promulgación de esta normativa y la situación de los clubes de futbol.

¹⁹⁹ BIANCHINI AYESTA, Aldo. El Desapoderamiento inmediato del Deudor Concursado. Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 40.

²⁰⁰ Op. Cit. ROBILLIARD D'ONOFRIO, p. 412.

²⁰¹ Ibíd. p. 412.

Los clubes de fútbol inmersos en procedimiento concursal son Sport Boys, Melgar, Ciencia, Alianza Lima y Universitario de Deportes; y esta contienda deportiva de los cinco clubes de fútbol no solo es en la cancha del deporte, sino también en el campo de sus acreedores²⁰².

La crisis que atravesaban estos equipos ocasionó que los acreedores compitan por cobrar créditos atrasados en forma ordenada, a través de un próximo plan de reestructuración²⁰³, teniendo una gran acreencia con el ente recaudador, en el año 2015, los clubes en conjunto tenían una deuda de S/300 millones²⁰⁴.

Después de esta breve explicación de la situación de este grupo de clubes, explicaremos algunos de los problemas que atravesaron estos clubes para verse inmiscuidos en procesos concursales. Principalmente se considera que “*el fútbol peruano ha adolecido históricamente de un alejamiento del derecho como ordenador de su desarrollo*”²⁰⁵, resultando en graves problemas.

Producto del alejamiento, se ocasionaron graves problemas estructurales. El primero de ellos, se podría decir, que es la fragilidad del desarrollo institucional, debido a que no existen asociaciones sólidas, auto sostenible, permanente y democrático. Esta ausencia lleva a que mucha de las asociaciones deportivas del fútbol haya caído en manos de directivos inescrupulosos²⁰⁶. De manera que, se aprovechaban de la forma de organización de los clubes, para ocultar sus intenciones personales o sus fines ilícitos, lo cual genera un desmedro en la competitividad deportiva dentro de los cánones de la libre competencia²⁰⁷. Y como segundo problema, que ocasiona esta circunstancia, en relación directa con el primero, es que la actividad del fútbol profesional se ha venido realizando de manera informal, en todos sus aspectos, tanto en la informalidad operativa,

²⁰² PANFICHI, Aldo. El colapso del fútbol peruano, los clubes y su privatización. *Revista Polemika*. Volumen 10 N° 1, edición 2013, p.64.

²⁰³ Op. Cit. PANFICHI, Aldo, p. 64.

²⁰⁴ Op. Cit. CARBONELL O' BRIEN, p. 46.

²⁰⁵ Op. Cit. NORIEGA LUDWICK, p. 63.

²⁰⁶ *Ibíd.* p. 63.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 63.

informalidad registral, informalidad laboral, tributaria, contable y tal vez muchas más²⁰⁸.

Esta problemática trato de ser rebatida mediante la emisión del Decreto de Urgencia N° 010-2012 (en adelante DU) y la eventual Ley 29862, con la finalidad de promover su reestructuración y saneamiento económico financiero y legal. A continuación explicaremos el Decreto de Urgencia para luego explicar la Ley 29862.

Como se explicaba en los párrafos precedentes, la finalidad del DU era asegurar la reestructuración y apoyo de la actividad deportivo futbolística, es por ello que su ámbito de aplicación era exclusivo para toda persona jurídica que realice actividad deportivo futbolística, haciendo la salvedad de que la Ley señalaba que no importaba la naturaleza de esta. Además señala que es de aplicación excluyente, es decir que, si alguna persona jurídica se acogía a este procedimiento concursal, no podría acogerse a otro establecido en la presente norma.

La norma a su vez establecía, que una vez ingresada la solicitud para dar inicio al procedimiento concursal, para lo cual la persona jurídica deberá cumplir con los artículos 24° y 25° de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGSC), los cuales son los requisitos establecidos para el concurso ordinario, en el caso que sea el deudor quien solicite la apertura.

El INDECOPI mediante resolución dará inicio del procedimiento, su difusión y en el mismo acto dispondrá la designación de un Administrador Temporal entre las personas registradas en el Registro de entidades administradoras y liquidadoras así como se establece en el artículo 120° de la Ley General del Sistema Concursal, el cual podrá ser ratificado o sustituido por la Junta de Acreedores. Este Administrador Temporal es quien sustituirá de pleno derecho las facultades legales y estatutarias de los directores, gerentes, representantes legales y apoderados del deudor, y la Junta de Acreedores una vez instalada podrá ratificar

²⁰⁸ Ibíd. p. 63.

o sustituir al Administrador Temporal designado por el INDECOPI, el cual ha sido designado siguiendo determinados lineamiento²⁰⁹.

Por otro lado, para el caso de que sea el acreedor, según lo establece el artículo 3° numeral 2, quien solicite el inicio del procedimiento concursal, la autoridad competente una vez que realice la verificación de los créditos invocados y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26 de la LGSC.

“[Es pues que] con el inicio de este Procedimiento Concursal Especial, se activará tanto la suspensión de la exigibilidad de obligaciones, como el marco de protección del patrimonio del deudor, de conformidad con el artículo 17 y 18 de la LGSC”²¹⁰.

El Decreto de Urgencia será de aplicación inmediata, en los casos en que una empresa con las características mencionadas en esta normativa se haya acogido a uno de los procedimientos que brinda INDECOPI antes de la vigencia de esta norma, y se aplicará en las etapas subsiguientes de dichos procedimientos²¹¹.

Una vez verificado los créditos, se le notificara al deudor para que en un plazo de 5 días hábiles, se apersone al proceso, optando por alguna de las opciones establecidas en el artículo 28° numeral 1, pudiendo pagar el integro de la deuda, ofrecer pagar el integro de la deuda, dándole un plazo para hacerlo, oponiéndose al crédito o por ultimo allanándose a la solicitud. Este DU establece lo siguiente:

“los antiguos administradores de los clubes de futbol, no tendrán injerencia en los clubes de futbol, por una razón simple, los administradores temporales en teoría son agentes económicos con experiencia en temas de manejo de crisis empresariales (...) y ellos, en principio se encargaran de administrar el club hasta que la Junta se instale y ahí decida si continua administración temporal o la sustituye, en caso ocurra esto último tendrá que estar compuesta

²⁰⁹ Op. Cit. LIZARRAGA VERA PORTOCARRERO, p. 237.

²¹⁰ Ibíd, p. 234.

²¹¹ Ibíd., p. 234.

*esta nueva administración por personas no ligadas ni mantengan vínculo alguno con los acreedores o deudores*²¹².

Esto resulta siendo un buen aporte de este procedimiento, ya que, como lo mencionábamos anteriormente, el fútbol peruano tiene problemas estructurales lo cual ocasiona la situación actual en la que se encuentra inmerso. Uno de los problemas, resulta ser que tienen un frágil desarrollo institucional, produciendo de esa manera que las asociaciones deportivas hayan caído en manos de inescrupulosos directivos, que buscan su beneficio propio, sin importar el desarrollo acorde de la asociación.

Al designar un Administrador Temporal y no permitir la injerencia de los antiguos administradores en la toma de decisiones, eso favorece a la asociación a desarrollar sus actividades de una manera acorde, lo cual de ser el caso, si el problema se generó por una mala administración, salir de esa situación.

En contraposición a lo señalado en el párrafo anterior, consideramos que la normativa no es eficiente en algunos aspectos, en primer lugar, no ha regulado que sucedería si el Administrador Temporal no cumple fielmente sus obligaciones, o si éste debería presentar una carta fianza como garantía, como si se le solicita al administrador en los procedimientos regulados por la Ley General del Sistema Concursal²¹³.

Además de ello, el DU señala que la autoridad administrativa competente para llevar a cabo este procedimiento, será la comisión de procedimientos concursales de la sede central (Lima Sur) del INDECOPI. El otorgarle la competencia de las reestructuraciones de instituciones deportivas futbolísticas a una sola sede, centraliza las decisiones²¹⁴.

²¹² *Ibíd.* p. 237.

²¹³ VALDIVIESO MEJIA. Fernando. *Reestructuración de los clubes de futbol*. Revista Jurídica, suplemento de análisis legal de El Peruano. Especial El deporte, el futbol y el derecho. N° 398, edición 2012, p. 8.

²¹⁴ *Op. Cit.* LIZARRAGA VERA PORTOCARRERO, p. 241.

Lo cual a nuestro parecer resulta contrario a la finalidad de este DU debido a que si se pretende ayudar a los clubes de fútbol a salir de la crisis, tener que trasladarse hasta la ciudad de Lima para iniciar el procedimiento en mención, resultaría realmente complicado, tedioso, y costoso, debido a que no todos los clubes de fútbol tienen su sede principal en la Provincia de Lima.

Claro ejemplo, de una segunda deficiencia, ya que la Ley General del Sistema Concursal si regula dichas situaciones en su artículo 6° numeral 5 estableciendo lo siguiente:

“La competencia de las Comisiones se determina teniendo en cuenta el lugar donde se encuentre domiciliado el deudor. En tal sentido: a) Si el deudor domicilia en la provincia de Lima o la provincia constitucional del Callao, la competencia corresponderá a cualquiera de las Comisiones Delegadas que funcione en dichas provincias; b) Si en la provincia en la que domicilia el deudor no funciona ninguna Comisión Delegada, la competencia corresponderá a la Comisión Delegada que hubiere en la provincia territorialmente más cercana, salvo que existiese otra Comisión Delegada que, de acuerdo a las vías de acceso, resultase más próxima a la provincia en que domicilia dicho deudor”²¹⁵(Subrayado nuestro).

Por último, no consideramos que esto sea una deficiencia, si no que iría en contra de la esencia del Sistema Concursal, ya que como lo hemos venido explicando, la finalidad del Sistema es brindar o establecer un ambiente idóneo para que los acreedores y el deudor concursado puedan negociar y llegar a un acuerdo, pudiendo ser éste, una reestructuración o en su defecto a la salida ordenada del mercado de la empresa en crisis. Otorgándole de esa manera a los acreedores la potestad de decidir la solución más acorde, pues a estos les asisten el mejor derecho para adoptar decisiones más eficiente, con la finalidad de salvaguardar y velar por sus créditos impagos, debiendo adoptar la mejor decisión, según la situación de la empresa, empero, esto no sucede así.

²¹⁵ Artículo 6 numeral 5 de la Ley General del Sistema Concursal.

“Con este DU, el Estado nos señala que busca mantener empresas, eficientes o no (eso es lo de menos, porque lo que importa es la actividad que se dedica) en el mercado conservando su patrimonio de la forma que sea, asumiendo los costos que ello implica los acreedores, proveedores, clientes, futbolistas profesionales, los socios u asociados de los clubes de futbol, fanáticos y por supuesto, nosotros los contribuyentes”²¹⁶.

Desde luego, el tratar de prolongar la permanencia de una empresa, por el interés que fuese, reestructurando y generando incentivos para que la deuda corriente pueda ser financiada genera incertidumbre para los acreedores²¹⁷.

Consideramos que se vulnera de esta manera, la libertad de los acreedores de decidir por la decisión más favorable para éstos, ya que con el Decreto se otorga solo una salida la Reestructuración o no, es decir el Estado mediante esta norma ya decidió que es lo más favorable para los acreedores²¹⁸.

“[Esta norma] limita las decisiones de la Junta de Acreedores respecto al destino de deudor: el único "camino legal adoptable es el de la continuidad de las actividades del deudor mediante un régimen de reestructuración patrimonial con lo cual la Junta solo podrá pronunciarse sobre la ratificación o remoción del AT y sobre la aprobación o desaprobación del plan de reestructuración”²¹⁹.

Esta limitación no ha sido regulada de una manera adecuada, debido a que no se ha regulado, que sucedería en el caso de que el plan de reestructuración fuera desaprobado por la Junta de Acreedores, pudiendo ocurrir que el procedimiento concluya sin mayores consideraciones, perdiendo tiempo y dinero por parte de los acreedores o de ser el caso el deudor sometido a este procedimiento especial.

²¹⁶ Op. Cit. LIZARRAGA VERA PORTOCARRERO, p. 242.

²¹⁷ Op. Cit. VALDIVIESO MEJIA, p. 8.

²¹⁸ Op. Cit. LIZARRAGA VERA PORTOCARRERO, p. 236.

²¹⁹ Op. Cit. VALDIVIESO MEJIA, p. 8.

3.3.3. El Procedimiento Transitorio y sus aportes

“El llamado “boom” de la restructuración de las empresas en crisis llegó a su punto culminante con la dación de normas especiales orientadas al fortalecimiento patrimonial y financiero de las empresas, siendo la más relevante y de impacto más trascendente en nuestro sistema concursal el Decreto de Urgencia N° 064-99, que aprobó el Procedimiento Transitorio”²²⁰.

Este procedimiento constituye como una figura legal que contribuye al fortalecimiento del régimen concursal, es decir, tiene por objeto fortalecer dentro de un proceso de evolución el Sistema Concursal, en una etapa tendiente al perfeccionamiento de los procedimientos concursales preventivos, tales como el Procedimiento Simplificado y el Procedimiento Concursal Preventivo²²¹.

[Es por ello que] “mediante el Decreto de Urgencia No.064-99, de fecha 01 de diciembre de 1999 (en adelante, el “DU”), el Poder Ejecutivo dictó una serie de normas transitorias y excepcionales para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas, a través de una nueva figura jurídica concursal denominada Procedimiento Transitorio”²²².

Como se hizo mención en el primer capítulo, la Ley de Reestructuración Patrimonial buscó la conservación de las empresas viables de una manera más sólida, debido a que pese a los mecanismos y modificaciones instauradas por la Ley de Reestructuración Empresarial, esta ley no tuvo la acogida por parte de las empresas de la manera esperada.

En ese afán de revelar de manera absoluta el principio de conservación de las empresas viables, se implementa un conjunto de mecanismos denominado

²²⁰ Op. Cit. BIANCHINI AYESTA, Aldo, p. 34.

²²¹ Op. Cit. GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo, p. 215.

²²² Ibíd. p. 215.

“Programas de Saneamiento y Fortalecimiento Patrimonial en las Empresas” y de esa manera:

“reforzó la vocación “reestructuradora” del sistema en favor de las empresas en dificultades económico – financieras al facilitarles esquemas procedimentales de naturaleza preventiva a los cuales pudieran recurrir por su propia iniciativa para solucionar e, incluso, anticipar sus crisis patrimoniales, los cuales les reportaban además la doble ventaja, por una parte, conservar la inexigibilidad de sus deudas y la protección de su patrimonio y, de otra, mantener el control y administración de su negocio durante todo el proceso”²²³.

Debemos tener en cuenta, que la finalidad de este conjunto de normas, es brindar facilidades a las empresas en crisis para conservar su patrimonio, no es desproteger en su totalidad al acreedor, ya que es parte fundamental en el Sistema Concursal. Es en esta búsqueda de conservación de la empresa viable que se distorsionó el uso de estos mecanismos por parte de los empresarios (deudores)²²⁴.

Se estableció en el artículo 4° del Decreto de Urgencia 064-99 – Establecen normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas, quienes se podrían acoger al procedimiento en mención, en el que se señala podrán acceder al Procedimiento Transitorio todas las empresas, independientemente del total de sus pasivos o de su situación patrimonial a la fecha de inicio del Procedimiento. El procedimiento en mención se desarrollara ante cualquier Fedatario domiciliado en la provincia de en la que el solicitante tenga su sede social, según la misma Ley, se define como fedatario *“Es el Notario Público, la entidad pública o privada, o la persona natural registrados en INDECOPI, previa suscripción del Convenio correspondiente con dicha institución, encargados de realizar las funciones previstas en la presente*

²²³ Op. Cit. BIANCHINI AYESTA, Aldo, p. 34.

²²⁴ Ibíd. p. 34

*norma*²²⁵, estos serán fiscalizados por la Comisión de Reestructuración, al igual que todo el procedimiento.

Asimismo, los requisitos establecidos están señalados en el artículo 5° estableciéndose que para acogerse al procedimiento se deberá adjuntar a la solicitud, los requisitos establecidos en el artículo 92° del TUO²²⁶, en lo referente al Procedimiento Simplificado, con excepción del Proyecto de Convenio de Reprogramación de pagos. Cabe precisar, que esta norma está regulada por el TUO y en especial por las normas del Procedimiento Simplificado.

Asimismo, en el artículo 8° de la misma Ley, se ha establecido que se convocará a Junta de Acreedores mediante dos avisos con un intervalo de tres días, en los diarios establecidos en el artículo 21 del TUO.

Es preciso señalar que el procedimiento transitorio es semejante al procedimiento simplificado, con algunas variantes, como en el caso regulado en el artículo 10° del Decreto de Urgencia 064-99, siendo que en caso de existir cierta discrepancia respecto al reconocimiento del crédito de un acreedor por parte del deudor, la autoridad tendrá que citarlos en un plazo no mayor de tres días para que presenten una conciliación correspondiente, regulándose en ambas

²²⁵ Artículo 2° del Decreto de Urgencia 064-99.

²²⁶ Artículo 92 del TUO – Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI “*El solicitante deberá acompañar a su solicitud, en lo que resulte aplicable, la siguiente documentación: 1) copia simple del acta de la Junta de Accionistas o del órgano correspondiente en la que conste el acuerdo para acogerse al procedimiento de reprogramación de pagos; 2) información relativa a la empresa, señalando su nombre o razón social, su actividad económica, su domicilio legal y los domicilios y localidades en los que mantenga oficinas o realice actividades productivas, la identidad de su representante legal y los poderes con los que está facultado, así como copia simple de la documentación sustentatoria correspondiente; 3) una relación detallada de sus obligaciones, incluidas las laborales, precisando la identidad y domicilio de cada acreedor, los montos adeudados por concepto de capital intereses y gastos y la fecha de vencimiento de cada una de dichas obligaciones; 4) una relación detallada de sus bienes muebles e inmuebles indicando los gravámenes que pesan sobre ellos; 5) un proyecto del Convenio de Reprogramación de Pagos el cual deberá contar con los elementos señalados en el artículo 100 de la presente Ley. La información y documentación presentadas deberán ser suscritas por el representante legal de la empresa de ser el caso. Al presentar la relación detallada de sus obligaciones señalada en el numeral 3), el deudor deberá informar bajo declaración jurada que no mantiene ningún tipo de vinculación con sus acreedores o, caso contrario, informar de la existencia de vinculación con alguno o algunos de sus acreedores, en cualquiera de los casos que se indican en el artículo 5 de la presente ley. Si se considerara necesario para efectos de la evaluación a su cargo, el Notario Público o su representante, designado para tales efectos, o el Secretario Técnico de la Comisión, según el caso, podrá requerir al solicitante la presentación de documentación adicional con el fin de verificar el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 91 de la presente Ley.*”

procedimientos de la misma forma, lo diferencia radica con respecto a que en el procedimiento simplificado en caso de no arribar a acuerdo alguno, los actuados serán emitidos a la Comisión, en el proceso descrito en este numeral, en el presente supuesto, la autoridad reconocerá la porción de crédito en que ambas partes estén de acuerdo, pudiendo ser libremente representada en Junta.

Por último, según lo regulado en el artículo 14° de la presente Ley, el Convenio de Saneamiento deberá ser aprobado dentro de los seis meses contados desde la primera publicación de la convocatoria a Junta, plazo que podrá ser prorrogado por seis meses adicionales por acuerdo de la misma Junta, transcurrido el plazo y no se ha aprobado el Convenio, se procederá a emitir los actuados a la Comisión de Reestructuración para que proceda de oficio a la declaración de insolvencia.

3.4. Incorporación de mecanismos para optimizar el Procedimiento Concursal Preventivo

Finalmente, luego del desarrollo de los capítulos establecidos en el presente trabajo, hemos apreciado en base a las estadísticas realizadas que muchas de las empresas acogidas al Sistema Concursal han optado por el Procedimiento Concursal Ordinario, en donde la mayoría pese al tiempo transcurrido siguen en trámite y del pequeño porcentaje de empresas que ya han decidido por el destino del deudor, han optado por la liquidación.

Nosotros, como lo hemos señalado anteriormente, observando las etapas de la crisis y el resultado que acarrea no detectarla y afrontarla a tiempo, consideramos como procedimiento más eficaz para superar la crisis recién iniciada o poder prevenirla en ocasiones, es el Procedimiento Concursal Preventivo, pues tiene como finalidad la protección del patrimonio de la empresa de una futura crisis. Sin embargo, de los datos plasmados en las estadísticas, se aprecia que en el marco temporal entre los años 2016 y 2018, solo 2 empresas de las 219 se han acogido al Procedimiento Concursal Preventivo.

Además, hemos observado que el Procedimiento Concursal Preventivo, al ser el mismo deudor quien se acoge al procedimiento y éste no es desapoderado de sus facultades de gestión, administración y disposición de su patrimonio²²⁷, por tanto, es el mismo deudor al observar la situación que se avecina o que se está originando toma la decisión de incorporarse a concurso, suspender la exigibilidad de las obligaciones pendientes, lo cual debido a la situación inicial o que se pronostica, supone no poder cumplir con las obligaciones a su cargo, es decir, al acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo, se estaría dando un respiro de los acreedores pendientes de pago, mientras gestiona la forma de erradicar la crisis.

Por lo mencionado, el procedimiento parece ser atractivo para su aplicación práctica, empero, consideramos que la deficiencia radica, en que los plazos establecidos en la norma actual para la aplicación de este procedimiento son los mismos que para el Procedimiento Concursal Ordinario, siendo estos muy extensos, lo cual desvirtúa la naturaleza del proceso, pues si con dicho procedimiento se trata de proteger el patrimonio de la empresa de una futura crisis, con esos plazos, la crisis ya se ha desbordado, pudiendo afectarse con ello, que los acreedores no acepten el Convenio de Reprogramación de Pagos, por considerar que la situación ya se encuentra avanzada.

Pudiendo tomarse como ejemplo los Procedimientos Simplificados y Transitorio, como observamos, en primer lugar, lo señalado en los párrafos precedentes y en la Ley de Reestructuración Patrimonial, con respecto al Procedimiento Simplificado, pues se señala que el plazo para la realización de la Audiencia de Junta de Acreedores no puede exceder de 30 días hábiles, desde la convocatoria, siendo un plazo bastante corto para decidir sobre el destino del deudor, pues como está regulado actualmente en el Procedimiento Concursal Preventivo, los plazos duplican los del Procedimiento Simplificado, pues son 30 días para el reconocimiento de créditos, 10 días para que el deudor exprese opinión sobre los créditos presentados y más de 15 días para que se convoque a Junta, cumpliéndose de esa forma lo señalado líneas arriba, debido a que si la situación

²²⁷ BIANCHINI AYESTA, Aldo. Op. cit., 134.

se encuentra en una etapa germinal, termina de desbordarse por el tiempo transcurrido hasta la decisión de la Junta.

Por otro lado, lo mismo sucede en el Proceso Transitorio, como se observa en el Decreto de Urgencia N° 064-99, el plazo para la realización de Junta no supera los 40 días, pues se realizan dos avisos del procedimiento con un intervalo de 3 días, y desde la última fecha del segundo aviso son 30 días para la realización de la Junta, dentro de esos 30 días se usaran 15 para el reconocimiento de los créditos presentados.

Ello nos motiva a proponer, como primer mecanismo, que los plazos establecidos en el Procedimiento Concursal Preventivo se reduzcan, evitando con ello, el desencadenamiento de la crisis, haciendo más eficaz²²⁸ y eficiente²²⁹ dicho procedimiento. Teniendo como ejemplo la brevedad de los Procedimiento Simplificado y Transitorio. Consideramos por tanto, para que dicho mecanismo pueda implementarse de una forma acorde, una modificación en los plazos establecidos en el Procedimiento Concursal Preventivo, tomando para ello, los procedimientos mencionados.

Asimismo, se ha observado en base a las estadísticas, que el Sistema Concursal está saturado de procedimientos iniciados en el Poder Judicial al amparo del artículo 692-A y 703 del Código Procesal Civil, situación que consideramos, afecta el funcionamiento de la Autoridad Administrativa, pues no cuenta con los recursos suficientes. Ello nos motiva a proponer, como segundo mecanismo, la delegación de funciones por parte del INDECOPI a otra autoridad, tomando como ejemplo igualmente los Procedimientos Simplificados y Transitorio, siendo el primero de los mencionados, tramitados ante cualquier Notaria Publica o cualquier entidad que hubiesen celebrado un convenio especial de delegación de funciones con la Comisión del INDECOPI y a su vez el Procedimiento Transitorio, se ventilaba igualmente ante Notaria Publica, agregándose que podría desarrollarse ante cualquier entidad pública o privada o hasta persona natural que el INDECOPI

²²⁸ Esta dada por el grado en que se cumplieron los objetivos previstos en sus diseños, el grado logrado en el resultado esperado.

²²⁹ Conseguir un objetivo en el menor costo posible.

haya previamente suscrito el convenio correspondiente, dando de esa forma, una mayor variedad de posibilidades a las empresas de escoger ante qué entidad realizar el procedimiento, por tanto al haber más entidades hay menor carga para cada una de ellas, facilitando a su vez, que los plazos se cumplan de manera adecuada, acorde y se realiza el tratamiento del Procedimiento Concursal Preventivo con mayor celeridad y de una manera más eficiente.

Con el análisis de esta sección concluimos la presentación y fundamentación de nuestra propuesta de introducir mecanismos al Procedimiento Concursal Preventivo, para con ello optimizar y hacer más atractivo para el empresario en crisis el Sistema Concursal.

CONCLUSIONES

1. El Sistema Concursal está regulado como mecanismo alternativo adecuado para solucionar la situación de crisis empresarial, brindando procedimientos acordes para cada fase de dicho contexto jurídico en particular. A pesar de ser este sistema la intervención del Estado en su rol protector para solucionar la situación suscitada, no tiene la aplicación práctica deseada.
2. El Procedimiento Concursal Preventivo entre las alternativas brindadas por el Sistema Concursal, es la más idónea para que las empresas puedan prevenir o minimizar de manera efectiva los indicios o las señales de la crisis empresarial, aunque del estudio realizado se puede observar que es el procedimiento menos utilizado en la actualidad, dando a presumir que existen ciertas razones por la que los empresarios no se acogen al procedimiento pese a su rol preventivo.
3. Se ha observado a través del parámetro temporal estudiado, que el INDECOPI está saturando de procesos, siendo usado como instrumento por parte del Poder Judicial, sin contar con los recursos humanos o materiales, generando con ello, una excesiva carga que tiene como

consecuencia el aplazamiento de la crisis, pues se excede de los plazos establecidos para el desarrollo de los procedimientos.

4. Al señalar como mecanismos para optimizar el Sistema Concursal, la reducción de los plazos y la delegación del desarrollo del Procedimiento Concursal Preventivo a otra entidad, se busca liberar la excesiva carga que tiene el INDECOPI y de esa forma cumplir con eficiencia y eficacia la naturaleza preventiva del procedimiento en mención, y a su vez hacer más atractivo el Sistema Concursal, que en la realidad tiene muy poca aplicación práctica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. **CORCUERA GARCIA, Marco y CARBAJAL CARBAJA, Marco.** *Legislación Concursal. Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial D. S. N° 014-99- ITINCI y demás Normas Complementarias.* MARSOL editores, Lima, 1999, p. 96.
2. **DASSO, Ariel Ángel.** *Derecho Concursal Comparado.* Tomo I, Buenos Aires, Legis Argentina S.A, 2009, p.6.
3. **DASSO, Ariel Ángel.** *Derecho Concursal Comparado.* Tomo II, Buenos Aires, Legis Argentina S.A, 2009, p. 926
4. **EZCURRA RIVERO, Huáscar.** *Derecho concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal - Análisis económico del Derecho- “La Nueva Ley General del Sistema Concursal ¿Hacia Dónde Vamos? ¿Avance o Retroceso?”.* PALESTRA editores. Lima, p. 158.
5. **FLINT, Pinkas.** *Tratado del derecho concursal,* Volumen I, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p.3.
6. **FRIETAS, Freddy; ESPINOZA ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola.** *La Ley General del Sistema Concursal, Análisis Exegético,* Lima, Editorial Rhodas, 2011, p.174.
7. **MERMA MOLINA, Guido.** *El Sistema Concursal Peruano: Limitaciones y potencialidades,* Lima, Universidad Nacional de Callao, 2012, pp. 11-12.

8. **MUÑOZ AGUILAR, Estuardo.** *Reestructuración Patrimonial*, Lima, Editorial RODHAS, 1997, p. 1.
9. **TOMÁS TOMÁS, Salvador.** *El órgano de administración concursal en algunos sistemas jurídicos de referencia*, Murcia, Universidad de Murcia, 2014, p. 133.

ARTÍCULOS DE REVISTAS:

10. **AGUIRRE MORENO, Karla Alexandra.** “La relación que existía entre la prenda global y flotante de la Ley de Banca y el principio de universalidad de la Ley General del Sistema Concursal: derogación de las garantías”, *Actualidad Mercantil*, N° 286, Setiembre 2017, p. 196.
11. **ANDUJAR MORENO, Jorge.** “El derecho concursal desde la perspectiva del derecho procesal civil. Una visión integral, coherente y útil. Análisis procesal de la Ley General del Sistema Concursal”, *Revista Jurídica Magistri en Doctores*, N° 3, Diciembre 2006, p. 379
12. **CARBONELL O'BRIEN Esteban.** “El Novísimo Sistema Peruano en el Nuevo Mundo Concursal”, *Derecho & Sociedad*. Número 32, 2009, p. 281.
13. **CHMERLER VAINSTEIN, Daniel.** “Ineficacia de actos en el “periodo de sospecha”: Buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Volumen 7 N° 12, Junio 2011, p. 33.
14. **CHONCHA, Mauricio y LLADÓ Jorge.** “Algunas reflexiones sobre el sistema de insolvencia empresarial en el Perú”, *Revista Moneda*, 2014, p.34.
15. **DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo.** “La Unión Hace la fuerza: Reflexiones en torno a la Unificación de los Procesos Concursales”, *Derecho & Sociedad*, Numero 16, 2011, p. 158.
16. **DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo.** “Más vale prevenir que lamentar. La importancia del concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana”, *Revista Ius et Veritas - PUCP*, N° 20, Lima, Junio 2000, p. 182.

17. **DEL AGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo.** “Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”. *Revista Foro Jurídico*, Edición N° 2, Junio 2003, p.66.
18. **DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo.** “Hacia una Reestructuración del Sistema Concursal”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, N° 12, Noviembre 2011, p. 119.
19. **DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo.** *El Derecho Concursal ha muerto. ¡Viva el nuevo Derecho Concursal!* Revista Legal Express N° 35, N° 35, 2003, p.2.
20. **DÍAZ INCHICAQUI, Miguel N.** “Crisis y reestructuración empresarial”, *UNMSM Revistas*, Lima, Marzo 2014, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p.48.
21. **ECHEANDIA CHIAPE, Luis Francisco.** *Odisea Concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador.* Revista Ius et Veritas – PUCP, edición N° 22, Lima 2001, p. 195.
22. **GUERRA, Luiz y CARBONELL O'BRIEN, Esteban.** *Crisis Financiera Global. Crisis Económica Internacional*, Brasil, Guerra Editora & Livraria, 2011, p. 243.
23. **HUASCAR EZCURRA; ROJAS, Juan Francisco y SILVA, Hugo.** *Apreciaciones de un debate inconcluso. Los múltiples objetivos de una ley concursal con una única finalidad.* Revista Ius et Veritas- PUCP, edición N° 37, Lima 2003, p. 292.
24. **KLEIN VIEIRA, Luciane y GOMES CHIAPPINI, Carolina.** “La problemática de la Quiebra Internacional en Brasil: ¿existen herramientas para la solución de conflictos internacionales?”, *Revista El Derecho- Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Edición N° 12.183, 12.184 y 12.185, 2009, p.1.
25. **LIZÁRRAGA VERA – PORTOCARRERO, Anthony.** “Comentarios a la reciente modificación de la Ley General del Sistema Concursal. Cuando el tiempo pone las cosas en su lugar”, *Análisis Jurídico Mercantil*. N° 264, Noviembre 2015, p.136.
26. **LIZÁRRAGA VERA – PORTOCARRERO, Anthony.** “Esperando que la oportunidad llame dos veces. Pasado, presente y futuro de la Ley General del Sistema Concursal”. *Revista PUCP*, N° 10, 2010, p.30.

27. **LOZANO HERNANDEZ, Julio.** “Evolución del derecho concursal en el Perú”, *Suplemento de Análisis Legal “Jurídica”*, N° 67, Octubre 2005, p. 5.
28. **NORIEGA LUDWICK, José Luis.** El derecho deportivo y la insolvencia de los Clubes emblemáticos del fútbol peruano. *Revista de Actualidad Mercantil* N° 3, 2014, p 63.
29. **PANFICHI, Aldo.** El colapso del futbol peruano, los clubes y su privatización. *Revista Polemika*. Volumen 10 N° 1, edición 2013, p.64.
30. **PUELLES OLIVERA, Luis Guillermo y DE LA PUENTE SANDOVAL, Carlos Javier.** “Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal”, *Revistas IUS ET VERITAS*, N° 52, Julio 2016, p. 52.
31. **ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo.** “La crisis de la empresa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 3, 2002, p.1.
32. **SOBREVILLA ENCISO, Tomás.** “Ley de reestructuración patrimonial. El «procedimiento simplificado» notarial”, *Revista Derecho PUC*, N° 50, Diciembre 1996, p. 367.
33. **VALDIVIESO MEJIA, Fernando.** *Reestructuración de los clubes de futbol.* *Revista Jurídica*, suplemento de análisis legal de El Peruano. Especial El deporte, el futbol y el derecho. N° 398, edición 2012, p. 8.
34. **VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo.** “La concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor desde la perspectiva del Derecho Concursal”, *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 109, Lima, Marzo 2010, p. 322.
35. **BARRETO NUÑEZ, Yessenia; ESPINOZA SILVA, Olinda;** y otros. *Análisis del Impacto del Proceso Concursal sobre la Marca Efectos Jurídicos y Económicos*, Centro de Investigación de Derecho Concursal y Propiedad Intelectual, Lima, 2003, pp.54-55

RECURSOS ELECTRONICOS:

36. **CARBONEL O'Brien, Esteban.** El sistema concursal. Una mirada a la novísima legislación, Barcelona, 2009, pp. 33-34. [Ubicado el 15. II. 2018].
Obtenido en
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=>

- rja&uact=8&ved=2ahUKEwiCsYuFs4ziAhXLrFkKHTBKAw4QFjAAegQIBRAB
&url=https%3A%2F%2Fvlex.com.pe%2Fsource%2Fsistema-concursal-peru-
4616&usg=AOvVaw3lcqnV8fd9rnd-4i4Z9SO
37. **CARDENAS SILVA, Cesar André.** *Viabilidad del uso del procedimiento concursal preventivo desde un punto de vista societario- económico.* Lima, Institución de Investigación Jurídica, 2017, p. 04 [Ubicado el 15. II. 2018].
Obtenido en
<http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2497>
38. **Colegio de abogados de la ciudad de Nueva York.** La bancarrota personal: ¿Es conveniente para usted?, Nueva York, 2007. [Ubicado el 11. II. 2018].
Obtenido en
https://www2.nycbar.org/Publications/pdf/Individual_Bankruptcy_Pamphlet_Spanish.pdf
39. **DE CASTRO VITORES, German.** *Insuficiencia del patrimonio del acreedor y organización de la concurrencia de créditos.* Derecho Civil II, 2007, [Ubicado el 25.I.2018]
Obtenido en
<https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/5499/1/Dc2.%20Ficha.%20Concurrencia%20y%20prelaci%C3%B3n%20de%20cr%C3%A9ditos.%202007.pdf>.
40. **RODRIGUEZ PRIETO, Fernando,** *Inconvenientes de nuestro sistema concursal, un error proyectado y una solución para insolvencias empresariales.* Publicado en Concursal, Crisis económica, Mercantil, Resolución Alternativa de conflicto, 23 de Mayo 2013. [Ubicado el 15.X.2017]
Obtenido en <https://hayderecho.com/2013/05/23/inconvenientes-de-nuestro-sistema-concursal-un-error-proyectado-y-una-verdadera-solucion-para-las-insolvencias-empresariales/>
41. **ROSSI, Guido.** Perú y España: *Dos realidades, dos mundos distintos, unidos por un derecho común.* [http://www.galeon.com/josicu/OTROS/9t.pdf], p. 11.
42. **TÉVEZ, Alejandra N.** *La reforma de la ley concursal italiana,* En: La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, Septiembre de 2006, p. 2 [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en TÉVEZ, Alejandra N. *La reforma de la ley concursal italiana,* En: La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, Septiembre de 2006, p. 2 [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=>

rja&uact=8&ved=0ahUKEwiVppnBtMLZAhWOu1MKHTNyAMwQFggsMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Finstitucional%2Fpacem%2Fpdf%2Fla-cooperativa-de-trabajo-como-continuadora-de-la-empresa-en-quebra.pdf&usg=AOvVaw2pO68_6b3qfsRR8VropK2t

TESIS:

43. **BIANCHINI AYESTA, Aldo.** El Desapoderamiento inmediato del Deudor Concursado. Tesis para obtener el grado de Magister, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 20.
44. **CRUZ SANDOVAL, Judith.** *La crisis y su influencia en las estrategias de comunicación organizacional*, Tesis para optar el grado de doctor, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p.167
45. **FIELD MARIÑO, Andrés Felipe.** *La alta gerencia aplicada a la crisis empresariales*, Monografía para obtener el grado, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, p6.
46. **FLINT, Pinkas.** *Eficiencia Y Racionabilidad en el Sistema Concursal. El Caso Peruano*, Tesis para optar el grado de Doctor, Barcelona, Universitat Ramon Llull, 2005, p. 8.
47. **GARCIA POSADA Miguel y VEGAS Raquel.** *Reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión.* Documento de Trabajo N° 1610, Banco de España, 2016, p. 7.
48. **GIACOMELLO, Alejandro R.** *Acuerdo Preventivo Extrajudicial. ¿Una buena alternativa para evitar y/o superar la insolvencia?*, Rosario, Universidad Abierta Interamericana, 2006, p. 4.
49. **MARTINEZ MORENO, Alfredo; LLANOS ARGUELLO, Claudia; ESTRADA ALVARADO Gerardo y SAMANO BONILLA Rafael.** *Contratos Civiles.*, Plan de estudios 1471, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p.50.
50. **OLGA MARTIN, Nélida.** *La Crisis Empresarial y los Regímenes de Responsabilidad*, Tesis para optar el título especializado en sindicatura concursal, Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, 2004, p.2.
51. **VEGA SEGURA, Patricio Rodrigo.** *Análisis del convenio judicial preventivo como mecanismo de conclusión concursal alternativo a la liquidación de la*

empresa en la ley 20.073, Tesis para obtener el grado de Licenciado, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2010, p. 21.

NORMATIVA:

52. Constitución Política del Perú

53. Ley General del Sistema Concursal

54. Ley de Quiebras

55. Ley de Reestructuración Patrimonial

56. Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial

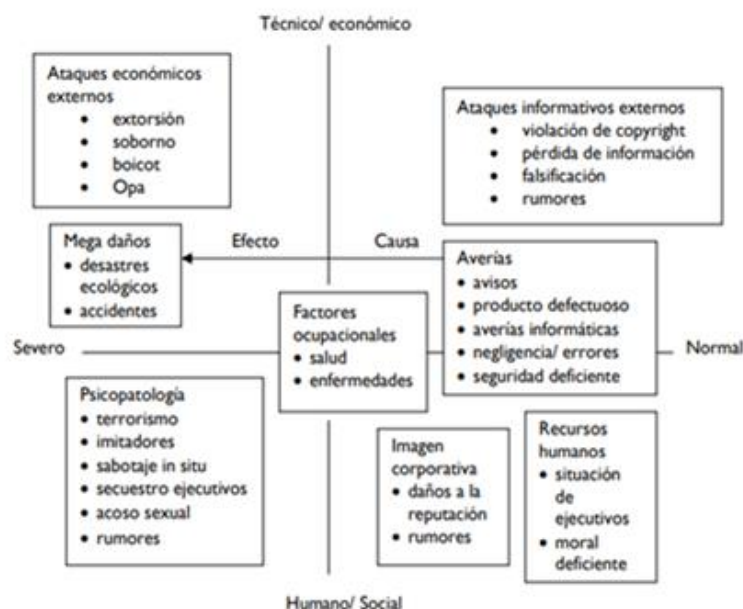
57. Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial

58. Decreto Supremo Nº 014-99-ITINCI

ANEXOS

GRAFICA N° 1

Aspectos técnicos y económicos que originan la crisis, con intervención humana y social.



Fuente: CRUZ SANDOVAL, Judith. *La crisis y su influencia en las estrategias de comunicación organizacional*, Tesis para optar el grado de doctor, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, p. 175.

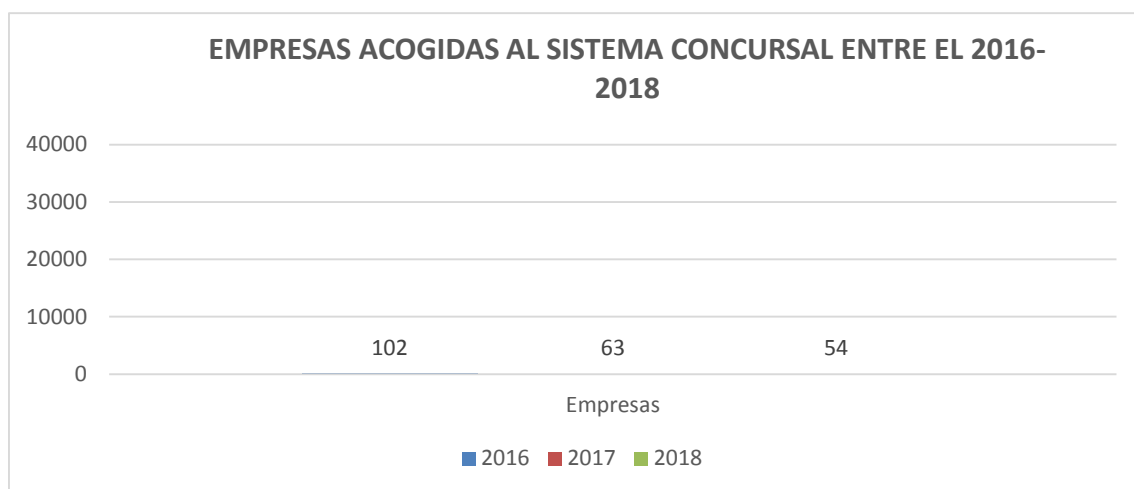
GRAFICA N° 2

Demografía empresarial en el Perú entre los años 2016-2018

Concepto	2016				2017				2018		Var. % II Trim 2018/17
	I Trim	II Trim	III Trim	IV Trim	I Trim	II Trim	III Trim	IV Trim	I Trim	II Trim	
Stock al inicio del periodo	2 042 992	2 084 725	2 085 499	2 108 295	2 124 280	2 177 500	2 216 081	2 258 741	2 303 511	2 332 218	7,1
Altas 1/	63 658	63 940	70 390	64 849	68 746	67 976	78 754	68 416	66 067	63 748	-6,2
Bajas 2/	-47 097	-47 391	-46 740	-49 588	-26 590	-39 322	-47 506	-34 718	-37 449	-27 711	-29,5
Otros Ingresos y salidas 3/	25 172	-15 775	-854	724	11 064	9 927	11 412	11 072	89	11 190	.
Variación neta 4/	16 561	16 549	23 650	15 261	42 156	28 654	31 248	33 698	28 618	36 037	.
Stock al final del periodo	2 084 725	2 085 499	2 108 295	2 124 280	2 177 500	2 216 081	2 258 741	2 303 511	2 332 218	2 379 445	7,4
Tasa de altas (%) 5/	3,1	3,1	3,3	3,1	3,2	3,1	3,5	3,0	2,8	2,7	.
Tasa de bajas (%) 6/	2,3	2,3	2,2	2,3	1,2	1,8	2,1	1,5	1,6	1,2	.
Tasa neta 7/	0,8	0,8	1,1	0,7	1,9	1,3	1,4	1,5	1,2	1,5	.

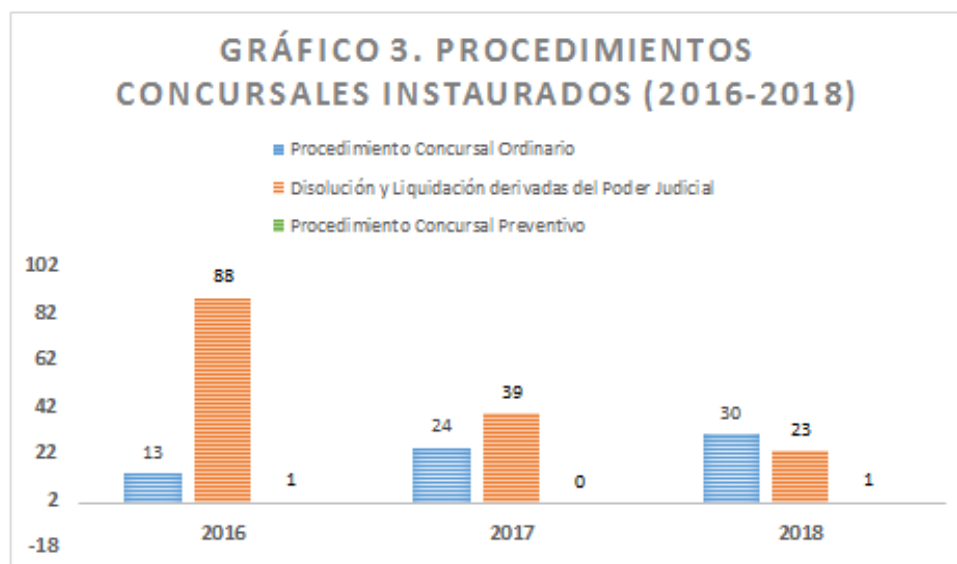
GRÁFICA 3

Empresas acogidas al Sistema Concursal entre los años 2016 - 2018.



GRÁFICA 4

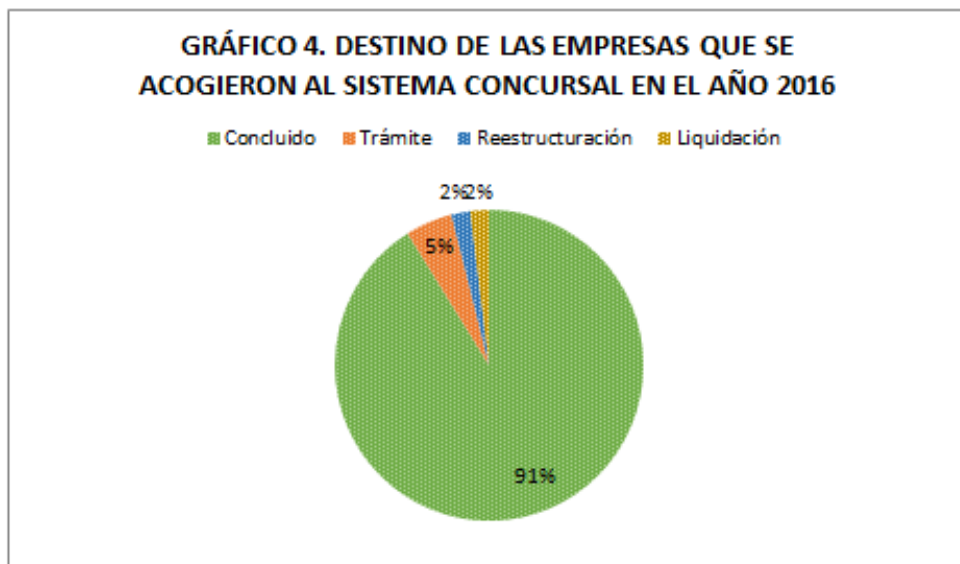
Procedimientos Concursales instaurados (2016-2018)



Fuente: Diario Oficial el Peruano, Boletín Oficial, Avisos Legales. Elaboración propia.

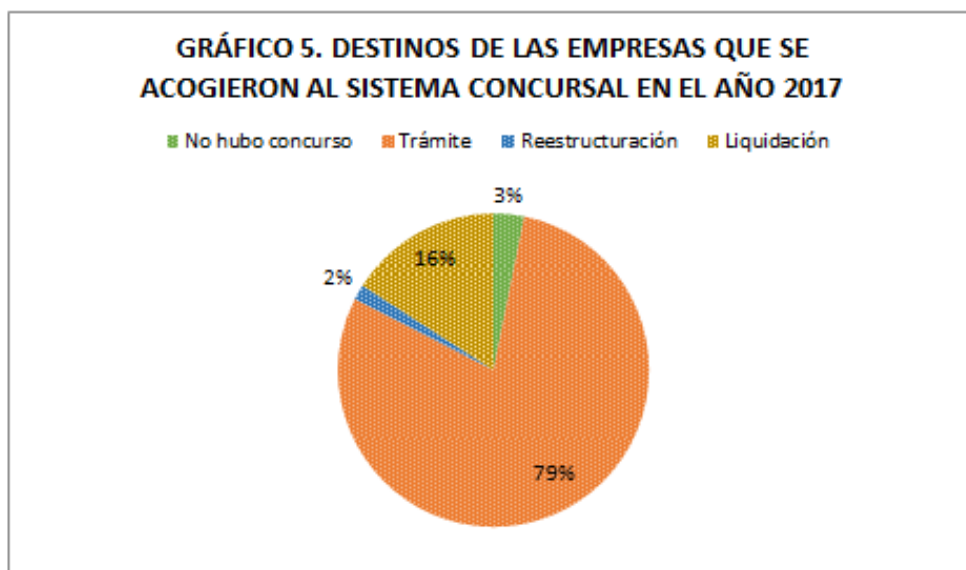
GRÁFICA 5

Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2016



GRÁFICA 6

Destino de las Empresas que se acogieron al Sistema Concursal en el año 2017



GRÁFICA 7

Destino de las empresas que se acogieron al sistema concursal en el año 2018

